Die Idealkonkurrenz und ihre Bestrafung nach geltendem Recht und nach den neuen Strafgesetz-Entwürfen

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der

rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

(rechtswissenschaftliche Abteilung)

der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

eingereicht von

Hermann Jeschke

aus Lübben.

Bochum-Langendreer,

Druck: Heinrich Pöppinghaus, o. H.-G.,

1930.

Referent: Prof. Dr. Schoetensack.

Angenommen: Am 16. Juli 1930.

Meinen Eltern.

Litteraturverzeichnis.

Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts 8. Aufl. 1922. u. Nachtrag 1928.

v. Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht. Bd. II 1909.

Baumgarten, Die Lehre von der Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz, Diss. Berlin 1909.

Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906.

„ Grundzüge des Strafrechts, 1930.

„ Gestaffelte Strafzumessung im Gerichtssaal, Bd. 93 S. 131 ff.

Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 3. Aufl. 1866

Bennecke-Beling, Lehrbuch des deutschen Strafprozesses, 1900.

Beling, Lehrbuch des Strafprozeßrechts, 1928.

Binding, Handbuch der Rechtswissenschaft, Bd. I Strafrecht 1885.

„ Die Normen und ihre Übertretung, Bd. I 3. Aufl. 1916, Bd. II 2. Aufl. 1914.

„ Grundriß des deutschen Strafrechts, Allgem. Teil 7. Aufl. 1907.

„ Grundriß des deutschen Strafprozeßrechts, 5. Aufl. 1904.

Bünger, Über Handeln und Handlungseinheit als Grundbegriffe der Lehre vom Verbrechen und von der Strafe, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Z.) Bd. 8 S. 520 ff, 620 ff.

v. Buri, Einheit und Mehrheit der Verbrechen, 1871.

Bumke, Der neue Strafgesetzentwurf, Deutsche Juristenzeitung 1925 Sp. 21 ff.

Coenders, Strafrechtliche Grundbegriffe, 1909.

„ Über Idealkonkurrenz, ein Vorschlag zum neuen Strafgesetz, 1921.

van Calker, Strafrecht, 2. Aufl. 1924.

Doerr, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil 1920.

Graf zu Dohna, Zusammentreffen mehrerer Strafen und mehrerer strafbarer Handlungen in: Reform des Strafrechts, hrsg. von Aschrott und Liszt, 1910 S. 420 ff.

Ebermayer-Lobe-Rosenberg, 4. Aufl. 1929.

Eckstein, Kleine strafrechtliche Studien, Goldtammers Archiv Bd. 60 S. 220 ff.

Ehrhardt, Handlungseinheit und Handlungsmehrheit im geltenden Strafrecht und im Rechte des amtlichen Entwurfs eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuchs von 1925, 1926.

Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen, in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts, 14. Ausgabe 1847 hrsg. von Mittermaier.

Finger, Lehrbuch des deutschen Strafrechts 1904. Die Reichstagsvorlage des amtlichen Entwurfs, Ger. S. Bd. 95 S. 106 ff.

Frank, Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 18. Aufl. 1930.

Gerland, Kritische Bemerkungen zum Allgemeinen Teil des Strafgesetzentwurfs 1919, 1921,
Der Entwurf 1925, Kritische Bemerkungen 1925,
Deutsches Strafrecht, 1922.

Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht, Bd. I 1885.

Heffter, Lehrbuch des gemeinen deutschen Criminalrechts, 3. Aufl., 1846.

Heimberger, Aus dem Strafrecht des Codex juris Canonici, 1923.

v. Hippel, Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in den Entwürfen, Z. 42 S. 525 ff.

Heinemann, Die Lehre von der Idealkonkurrenz 1893.

His, Das Strafrecht des deutschen Mittelalters I. Teil 1921.

Honig, Studien zur natürlichen und juristischen Handlungseinheit 1925,
Zusammentreffen mehrerer Gesetzesverletzungen, Ger. S. 92 S. 114 ff.
Jakobs, Die Idealkonkurrenz, Diss. Erlangen.
Jellinek, Allgemeine Staatslehre 1911.
Kantorowicz, Der Strafgesetzentwurf und die Wissenschaft, Sonderabdruck aus der Monatsschrift für Kriminalspychologie und Strafrechtsreform 1910.
Kitzinger, Randbemerkungen zum Vorentwurf eines Reichsstrafgesetzbuchs Z. 31 S. 355 ff.
Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre 1911.
Kleinschrod, Systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundsätze des peinlichen Rechts nach der Natur der Sache und dem positiven Recht, 3. Teil, 1. Aufl. 1796.
Köhler, Die Grenzlinien zwischen Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz 1900,
Studien zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuchs 1910,
Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil 1917.
Kohlrausch, Zur strafprozessualen Behandlung der Idealkonkurrenz, Diss. Greifswald 1899.
in Reform des Strafrechts, hrsg. von Aschrott und Kohlrausch 1926 S. 1 ff.
v. Kries, Lehrbuch des deutschen Strafprozesses 1892.
Krug, Über die Konkurrenz der Verbrechen und insbesondere über den Begriff des fortgesetzten Verbrechens 1842.
v. Liszt, Rechtsgut- und Handlungsbegriff im Binding'schen Handbuch in Z. 6 S. 663 ff. und Gesammelte Aufsätze Bd. I S. 212 ff.
Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 25. Aufl. 1927.
Lobe, Die Regelung des Entwurfs 1925 über das Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen in Ger. Bd. 93 S. 118 ff.
Löwe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung für das Reich, 18. Aufl. 1929.
Heinrich Maier, Psychologie des emotionalen Denkens 1908.
M. E. Mayer, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 1915.
Merkel-Lippmann, Die Lehre von Verbrechen und Strafe 1912.
A. Merkel, Die Strafanwendung durch den Richter in Holtzendorffs Handbuch des deutschen Strafrechts Bd. II, 1871.
Paul Merkel, Konkurrenz. Sonderabdruck aus der Vergleichenden Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts 1908.
Mezger, Der deutsche Strafgesetzentwurf von 1919 in der Monatsschr. f. Krim.-Psych. u. Str. Ref. 13. Jhrg. 1923.
Olshausens Kommentar zum Strafgesetzbuch, 11. Aufl. 1927 hrsg. von Lorenz, Friesleben, Niethammer, Kirchner und Gutjahr.
Olshausen, Kritische Bemerkungen zu den Beschlüssen der deutschen Strafrechtskommission von 1913.
Ortmann, Zur Lehre von der Idealkonkurrenz in Goldt. Arch. Bd. 35 S. 26 ff.
Reiffel, Ne bis in idem in Goldt. Arch. Bd. 42 S. 89 ff.
Sauer, Grundlagen des Strafrechts 1921.
R. Schmidt, Grundriß des deutschen Strafrechts 1925.
Schoetensack, Die Arten der Rechtssätze in Ger. S. Bd. 83 S. 1 ff.
Schreuer, Die Behandlung der Verbrechenskonkurrenz in den deutschen Volksrechten 1896.
Stürenburg, Die Bestrafung konkurrierender Verbrechen Diss. Leipzig 1908.
Wach, Der neue Strafgesetzentwurf, Allgemeiner Teil in D. J. Z. 1925 Sp. 529 ff.
Wachenfeld, Theorie der Verbrechenskonkurrenz 1893,
Lehrbuch des Strafrechts 1914,
Der allgemeine Teil des Strafgesetzentwurfs von 1925 in Goldt. Arch. 1925 S. 209, 257, 353 ff.
Wegener, Der allgemeine Teil des Strafgesetzentwurfs von 1925 in Reform 1926 S. 180 ff.

Inhaltsverzeichnis.

		Seite
	Einleitung.	1
§ 1.	Geschichtlicher Überblick.	4
§ 2.	Die Auffassung der Idealkonkurrenz als einer Verbrechenseinheit, insbesondere die Ansichten Büngers, Baumgartens und Höpfners.	10
§ 3.	Die ungleichartige Idealkonkurrenz — — — — eine Mehrheit von Verbrechensfällen.	23
§ 4.	Recht und Sittlichkeit. Verbrechen im Sinne des Rechts und der Moral.	38
§ 5.	Die sogenannte gleichartige Idealkonkurrenz. Bemerkungen zu der herrschenden Lehre von der ungleichartigen Idealkonkurrenz. Das Verbrechen als Handlung im juristischen Sinne.	53
§ 6.	Die dem geltenden Recht zu Grunde liegende Ansicht.	66
§ 7.	Die praktischen Konsequenzen aus den Ansichten über das Wesen der Idealkonkurrenz für die Anwendung des geltenden Rechts.	74
§ 8.	Die Idealkonkurrenz im Prozeß.	92
§ 9.	Die Behandlung von Ideal- und Realkonkurrenz in den Entwürfen.	107

Einleitung.

Die Tage des geltenden Strafgesetzbuchs sind gezählt. Nachdem sechzig Jahre seit seinem Inkrafttreten verflossen und sechs Entwürfe geschaffen worden sind [1]), dürfte es nunmehr ihrem letzten, dem Entwurf von 1927, der zum größten Teil schon den Rechtsausschuß des Reichstags passiert hat, gelingen, sich an die Stelle des alten Gesetzbuchs zu setzen. Eine große geistige Arbeit ist an dem geltenden Recht geleistet worden und hat es zu einem immer brauchbareren Werkzeug des Richters gemacht. Umso strenger muß, ehe das alte Recht vernichtet wird, bis zum letzten Augenblick das neue geprüft werden. Im folgenden sollen dieser Prüfung die geltenden und die dem Gesetzgeber vorgeschlagenen neuen Rechtssätze unterzogen werden, die sich auf die Bestrafung der Ideal- und Realkonkurrenz beziehen. In diesem Punkte sind die Vorschläge des letzten Entwurfs und des hinsichtlich der Regelung der Konkurrenz mit ihm fast wörtlich übereinstimmenden Entwurfs von 1925 jener Prüfung ganz besonders bedürftig, denn sie bringen gegenüber den früheren Entwürfen, dem geltenden Reichsstrafrecht und dem früheren gemeinen deutschen Strafrecht eine grundlegende Änderung. Sie brechen mit der „traditionell gewordenen Verschiedenheit der Bestrafung“ [2]) beider Konkurrenzarten, und zwar schreiben sie, allerdings mit der Möglichkeit der Asperation, für beide die Behandlung vor, die im geltenden Recht nur der Idealkonkurrenz zuteil wird, nämlich den Grundsatz der Absorption der Strafdrohungen.

Es ist nicht möglich, zu den beiden letzten Entwürfen und überhaupt zu der Frage, wie die Bestrafung von Ideal- und Realkonkurrenz geregelt werden soll, Stellung zu nehmen, ohne auf den Streit um das Wesen der Idealkonkurrenz einzugehen. Zu diesem Verfahren scheint zu berechtigen, daß dank weitgehender Inkonsequenz ihrer Vertreter zwischen der Ansicht von der Idealkonkurrenz als einer Verbrechenseinheit und der

1) Der Vorentwurf von 1909, der von mehreren Rechtslehrern aufgestellte Gegenentwurf von 1911, der Entwurf der Strafrechtskommission von 1913, der Entwurf von 1919 und die Reichstagsvorlage von 1925.

2) Binding in seinem Handbuch S. 572.

herrschenden Meinung über sie als einer Verbrechensmehrheit keine der Weite des theoretischen Gegensatzes entsprechenden praktischen Unterschiede bestehen [3]). Hinzu kommt die in der modernen Strafrechtswissenschaft zu Tage tretende Abneigung gegen theoretische Erörterungen, wie sie der klassischen Schule eigen waren, und das Bestreben, immer auf das Praktische, auf die Frage der Bestrafung oder sonstigen Behandlung des Rechtsbrechers zu sehen [4]). Diese Vernachlässigung der theoretischen Seite ist, wie überhaupt, so auch in der Konkurrenzlehre auf das Schärfste zu mißbilligen. Schon Binding wendet sich in seinem Handbuch gegen die Neigung, sich bei der Konkurrenz nur mit der Frage der Bestrafung zu befassen, und fordert demgegenüber, daß „mit aller Entschiedenheit die theoretische Bedeutung des Gegensatzes von Verbrechenseinheit und -mehrheit der praktischen voranzustellen sei" [5]). Mangel der theoretischen Besinnung, die allerdings gerade in der Konkurrenzlehre zu Grundfragen des Rechts führt, verhindert ein vollständiges Urteil auch über die praktischen Fragen und muß zu Fehlern in ihrer Lösung führen. Zudem ist es, wie schon betont, eben auch nur die weitreichende Inkonsequenz, der sich die streitenden Parteien schuldig machen und die den Schein erweckt, als sei der Streit um das Wesen der Idealkonkurrenz ein müßiger. Es wird zu zeigen versucht werden, daß er für den, der aus seiner theoretischen Ansicht die praktischen Folgerungen zieht, von größter praktischer Tragweite und daß mithin eine begründete Stellungnahme in jenem Streit auch aus praktischen Gründen unerläßlich ist.

Deshalb ist der erste Teil der Arbeit lediglich der Kontroverse über das Wesen der Idealkonkurrenz gewidmet. Nach einem geschichtlichen Überblick (§ 1) und nach Widerlegung einiger guter Begründungen, welche die Ansicht von der Idealkonkurrenz als einer Verbrechenseinheit erfahren hat (§ 2), wird unter Darlegung und nachdrücklicher Betonung des Ge-

---

3) Kantorowicz: Der Strafgesetzentwurf und die Wissenschaft, 1910 S. 326: „Die Konkurrenzlehre bietet das Schauspiel, daß bei tiefgründigen Unterschieden in der Stellung und Lösung ihrer zahlreichen Probleme doch die praktischen Ergebnisse im Wesentlichen die gleichen sind.

4) Bezeichnend hierfür die Äußerung Gerlands in seinem Strafrecht S. 161: „Man streitet sich darüber, ob bei der Idealkonkurrenz Verbrechens- oder Gesetzeskonkurrenz vorliegt. Der Streit ist rein scholastisch und daher müßig." Honig verweist die Frage in seinen Studien in eine, allerdings gute, Anmerkung. Ilse Ehrhardt stellt es, ohne die Streitfrage zu erwähnen, als selbstverständlich hin, daß Verbrechenseinheit Handlungseinheit ist (S. 4: Quot crimina, tot poenae, davon gehen §§ 73, 74 aus. Eine Handlung, eine Strafe, mehrere Handlungen, mehrere Strafen").

5) Handbuch S. 522.

gensatzes zwischen historisch-genetischer und normativer Betrachtungsweise nachzuweisen versucht, daß die Idealkonkurrenz eine regelrechte Verbrechensmehrheit ist und dies sein kann, weil das Verbrechen lediglich ein Ereignis in der Rechtswelt, eine Sollensvorstellung ist und als solche sich allerdings auf eine Realität bezieht, daß jedoch die Realität an sich nicht den Verbrechensfall darstellt (§ 3). In § 4 wird dargetan, daß das Verbrechen im Rechtssinne nichts anderes als die Verletzung eines Rechtsgesetzes ist, daß es insbesondere den Strafgesetzen präexistente Verbrechen für die rechtliche Betrachtung nicht gibt und mithin ihre Zahl lediglich durch die Zahl der Gesetzesverletzungen bestimmt wird. In § 5 wird die herrschende Lehre insoweit zu widerlegen versucht, als sie in der sogenannten gleichartigen Idealkonkurrenz eine Verbrechensmehrheit erblickt, und ferner zu einer Reihe von Schriftstellern Stellung genommen, die teils der herrschenden Meinung folgen, wie Finger, Ad. Merkel und Graf zu Dohna, teils abweichende Ansichten vertreten, wie von Buri, Sauer und insbesondere Binding.

In einem besonderen Teil wird zunächst gezeigt, daß die hier verteidigte Ansicht dem geltenden Recht zu Grunde liegt (§ 6), sodann wird den praktischen Folgen nachgegangen, welche der Meinungsstreit über das Wesen der Idealkonkurrenz für die Anwendung des § 73 StGB. und für die Behandlung der Idealkonkurrenz in anderen materiell- und prozeßrechtlichen Beziehungen hat (§§ 7, 8). In § 9 wird über die Vorschläge der Entwürfe zur Konkurrenzregelung berichtet. Es wird zu zeigen versucht, daß die gleichartige Behandlung von Ideal- und Realkonkurrenz möglich und wünschenswert ist, daß diese jedoch durch eine Angleichung der Behandlung der Idealkonkurrenz an die derzeit für Realkonkurrenz geltenden Grundsätze herbeigeführt werden muß, und es wird ein dementsprechender Gesetzesvorschlag unterbreitet.

Allgemeiner Teil.

§ 1. Geschichtlicher Überblick.

Der Strafgesetzgeber geht bei Abfassung seiner Tatbestände davon aus, daß die in ihnen umschriebenen Verbrechen von einem Menschen einmal begangen werden. Dieser Grundstellung tritt einmal der Fall gegenüber, daß mehrere Personen in irgendeiner Form der Beteiligung zu einem Verbrechen mitwirken, und ferner geschieht es, daß der einzelne entweder zu verschiedenen Malen gegen dasselbe oder verschiedene Strafgesetze verstößt, oder daß er durch ein einmaliges Verhalten mehrmals denselben verbrecherischen Erfolg herbeiführt oder verschiedene Strafgesetze übertritt, etwa wenn der A durch einen Bombenwurf mehrere seiner politischen Gegner tötet oder der B mit seiner verheirateten Schwester den Beischlaf vollzieht und sich so der Blutschande und des Ehebruchs durch eine natürliche Handlung schuldig macht. Man bezeichnet die erste Konstellation, — ebensoviele Tätigkeiten wie Gesetzesverletzungen —, als Realkonkurrenz, die zweite, bei der durch ein einmaliges Verhalten mehrere Strafgesetze verletzt werden oder der tatbestandsmäßige Erfolg eines Verbrechens mehrfach herbeigeführt wird, als ungleichartige bezw. gleichartige Idealkonkurrenz. Dem äußeren Anschein nach der Idealkonkurrenz gleich, dem Wesen nach von ihr völlig verschieden ist die Gesetzeskonkurrenz. Auf ein menschliches Verhalten passen, äußerlich betrachtet, mehrere gesetzliche Tatbestände, diese verhalten sich jedoch zueinander so, daß stets nur einer von ihnen zur Anwendung zu kommen verlangt (Binding, Handbuch des Strafrechts S. 526). Die herrschende Meinung teilt die Fälle, in denen, obwohl mehrere Tatbestände dem Wortlaut nach zutreffen, dennoch nur eins der mehreren Strafgesetze verletzt ist, in drei Gruppen. Ein Strafgesetz kommt gegenüber einem andern nicht zur Anwendung erstens, wenn dieses jenem gegenüber einen besonderen Fall regelt, — Verhältnis der Spezialität (Schwerer Diebstahl und Mundraub im Verhältnis zum einfachen Diebstahl), zweitens, wenn es nur bei Unanwendbarkeit des andern in Betracht kommt, — Verhältnis der Subsidiarität (Z. B. die Vorschriften über den Versuch gegenüber denen betreffend die vollendeten Verbrechen), drittens, wenn die Verwirklichung seines Tatbestandes notwendigerweise oder doch regelmäßig mit der Verletzung des anderen Strafgesetzes gegeben ist, sodaß anzunehmen ist, daß der Gesetzgeber sie bei der Normierung des

andern Tatbestandes und seiner Strafdrohung bereits in Betracht gezogen hat, — Fall der Konsumtion (So wird z. B. durch das Strafgesetz wider den Mord die den Mord herbeiführende Körperverletzung und die dabei an den Kleidern des Getöteten begangene Sachbeschädigung konsumiert). Über die Zahl der genannten Auslegungsgrundsätze [1]), über ihre Abgrenzung untereinander sowie vor allem über die Abgrenzung der Gesetzeskonkurrenz von der Idealkonkurrenz herrscht viel Streit, zumal bei der Konsumtion, die, wie M. E. Mayer [2]) für viele Fälle zuzugeben ist, nicht auf der Logik, sondern auf dem juristischen Takt beruht. Aber so selbstverständlich, wie die Realkonkurrenz eine Verbrechensmehrheit ist, so wenig kann zweifelhaft sein, daß die Gesetzeskonkurrenz ein Fall der Verbrechenseinheit ist. Sie scheidet deshalb aus den folgenden Betrachtungen aus, da sie als Interpretationsfrage eigentlich zur Lehre von der Gesetzesanwendung, nicht zur Konkurrenzlehre gehört [3]). Die rechtliche Natur der Idealkonkurrenz ist dagegen seit über einem Jahrhundert Gegenstand einer vielerörterten Streitfrage. Es stehen sich mit manchen Abweichungen im Einzelnen zwei Grundansichten gegenüber. Nach der

---

1) Binding, HB S. 349 ff., Finger, Lehrbuch S. 377 u. Liszt-Schm., Lehrbuch S. 343 fügen noch, jeder etwas anderes darunter verstehend, die Kategorie der Alternativität hinzu. M. E. Mayer dagegen (Lehrbuch S. 502) verwirft die „ungesunde Fülle" der in der Litteratur aufgestellten Auslegungsregeln und glaubt, daß nur zwei Grundsätze anzunehmen sind, die der Specialität und der Konsumtion. Man mag über die von Binding zur Alternativität gerechneten Fälle denken, wie man will, jedenfalls treten uns beim Zusammentreffen von mehreren Schärfungs- und Milderungsgründen Konstellationen entgegen, die unter die im Text genannten Auslegungsregeln nicht gebracht werden können, allerdings auch von ihnen wesentlich verschieden sind. Denn in den Fällen der Specialität, Subsidiarität oder Konsumtion sind nur scheinbar mehrere Gesetze verletzt, weshalb es auch vom Standpunkt der herrschenden Meinung aus Bedenken hat, in diesen Fällen von Gesetzeskonkurrenz zu sprechen. Treffen jedoch mehrere Schärfungsgründe zusammen, so sind in der Tat mehrere Tatbestände verwirklicht, das Zusammentreffen der Gesetze ist nicht nur ein scheinbares. Gleichwohl kann nicht zweifelhaft sein, daß hier nur ein Verbrechen begangen ist, was früher verkannt worden ist. So sieht noch Feuerbach in diesem Falle ein Zusammentreffen von Verbrechen „gleicher Gattung" (Lehrbuch des gemeinen, in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 11. Ausgabe 1832 § 131). Sind die Schärfungsgründe ungleichwertig, so kann nur aus dem strengsten Strafgesetz gestraft werden; bei ungleichwertigen Milderungsgründen wird analog das mildeste Gesetz anzuwenden sein (Binding HB S. 353 Anm. 9). Sind die Milderungs- oder Schärfungsgründe gleichwertig, so ist es gleichgültig, aus welchem Gesetz die Strafe genommen wird, und es liegt offensichtlich das Verhältnis der Alternativität vor.

2) M. E. Mayer a. a. O. S. 505.

3) Baumgarten, Die Lehre von der Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz, Diss., Berlin 1909 S. 76.

einen, noch herrschenden ist die Idealkonkurrenz, die ungleichartige wie die gleichartige, eine Mehrheit von Verbrechen. Nach der andern ist sie um der bei ihr vorhandenen einen Handlung willen nur ein Verbrechen, das entweder einen besonders großen Umfang hat, wie etwa bei dem Beispiel des Bombenwurfs, oder das, wie der blutschänderische Ehebruch, lediglich unter mehrere Paragraphen fällt.

Eine eingehende geschichtliche Erörterung ist nicht angebracht, da in dieser Hinsicht für das römische Recht die ausführlichen Arbeiten von Heinemann [4]) und Höpfner [5]), für das deutsche Recht die Abhandlung von Schreuer [6]) und neuerdings das große Werk von His [7]) vorliegen. Zudem hat weder das römische Strafrecht, dem ja ein allgemeiner Teil fehlte, noch das deutsche Recht die Konkurrenz zum Gegenstand einer allgemeinen gesetzlichen Regelung gemacht. Im Corpus juris finden sich zwar eine ganze Reihe von Stellen, die sich dem Wortlaut nach auf die Idealkonkurrenz zu beziehen scheinen, und aus denen man ohne weiteres schließen möchte, daß die Römer sich eingehend mit der Frage befaßt und sie im Sinne der herrschenden Meinung beantwortet haben. Tatsächlich, und das gezeigt zu haben ist das Verdienst Heinemanns, beziehen sich die meisten Stellen entweder auf die Poenalklagen [8]) und sind deshalb nicht beweiskräftig, weil eine Mehrheit nicht von staatlichen Strafansprüchen, sondern von ihrem Wesen nach privatrechtlichen Bußansprüchen des Verletzten bei einem Verbrechen durchaus denkbar ist und also von ihrer Mehrheit nicht auf eine Mehrheit von Verbrechen geschlossen werden darf. Oder aber sie beziehen sich auf Gesetzes- oder Realkonkurrenz. [9]) Gleichwohl darf als sicher angenommen werden, daß die römischen Juristen sich einmal des Gegensatzes von Einheit des sinnfälligen Vorganges und Mehrheit

4) Heinemann, Die Lehre von der Idealkonkurrenz, 1893.

5) Höpfner, Einheit und Mehrheit der Verbrechen, Bd. I 1901, II 1908.

6) Schreuer, Die Behandlung der Verbrechenskonkurrenz in den Volksrechten. 1896.

7) His, Das Strafrecht des deutschen Mittelalters, 1. Teil 1921.

8) So insbes. die Paulusstelle 1. 34 pr. D. de obl. et act. 44,7: „qui servum alienum injuriose verberat, ex uno facto incidit et in Aquiliam et in actionem injuriarum . . .“

9) So auf Gesetzeskonkurrenz die 1. 28 § 10 D. de poenis 48, 19: „Grassatores, qui praedae causa id faciunt, proximi latronibus habentur. et si cum ferro adgredi et spoliare instituerunt, capite puniuntur, utique si saepius atque in itineribus admiserunt.“ Auf Realkonkurrenz die bekannte 1. 2 D. de priv. del. 47,1: „Numquam plura delicta concurrentia faciunt, ut ullius impunitas detur: neque enim delictum ob aliud delictum minuit poenam . . .“ denn es heißt weiter: „Qui igitur hominem subripuit et occidit, quia subripuit, furti, quia occidit, Aquilia tenetur, neque altera harum actionum alteram consumit.“

der dadurch verletzten Gesetze klar bewußt gewesen sind und daß sie ferner in dieser Fallgestaltung einhellig eine Mehrheit von Verbrechen gesehen haben. Heinemann hat beides geleugnet. Der von ihm für seine gegenteilige Behauptung versuchte Nachweis scheitert jedoch an zwei Stellen, aus denen sich mit aller Deutlichkeit ergibt, daß die Römer die Frage erkannt und in dem angegebenen Sinne beantwortet haben. Da ist zunächst die l. 9 Cod. de accus. 9,2: „Si tamen ex eodem facto plurima crimina nascuntur et de uno crimine in accusatioenm fuerit ductus, de altero non prohibetur ab alio deferri. Judex autem super utroque crimine audientiam commodaverit; nec enim licebit et separatim de uno crimine sententiam proferre, priusquam plenissima examinatio super altero quoque crimine fiet." Heinemann hat versucht, der Stelle die Beweiskraft zu nehmen, indem er behauptete, daß das Wort crimen hier wie auch sonst nicht Verbrechen, sondern Anklage, Beschuldigung bedeute (a. a. O. S. 9). Selbst wenn man jedoch Heinemann in dieser Vergewaltigung der Wortbedeutung folgt, so würde sich aus dieser Stelle das von Heinemann bekämpfte Resultat ergeben. Denn wenn die Stelle einerseits auch verbietet, auf die „Anklage" wegen des einen verletzten Gesetzes hin zu verurteilen, bevor der Tatbestand unter dem Gesichtspunkt der anderen „Beschuldigung" vollständig geprüft worden ist, mithin ähnlich dem geltenden § 155 StPO. die prozessuale Anordnung trifft, daß zwei sich auf eine Handlung beziehende Beschuldigungen in einem Verfahren zu erledigen sind, so liegt andererseits darin enthalten, daß es auf jede der beiden Anklagen hin zu einer Bestrafung kommt. Geht also diese Stelle davon aus, daß wegen jeder der beiden Gesetzesverletzungen eine Bestrafung erfolgt, so ergibt sich daraus wegen des im römischen Recht geltenden Satzes „Quot crimina, tot poenae", daß der Verfasser in der Idealkonkurrenz eine Verbrechenskonkurrenz sieht. Zweifellos würde die Stelle ganz anders gelautet haben, wenn er in ihr nur ein einziges Verbrechen erblickt hätte. Sollte sie jedoch noch Zweifel lassen, so werden diese durch die l. 5 D. de quaestionibus 48,18 ausgeschlossen, in der es heißt: „Si quis viduam vel alii nuptam cognatam, cum qua nuptias contrahere non potest, corruperit, in insulam deportandus est, quia duplex crimen est, et incestum, quia cognatam violavit contra fas, et adulterium vel stuprum adiungit." Deutlicher konnte nicht gesagt werden, daß nach römischer Auffassung eine Handlung zwei Verbrechen enthalten kann.[10]) Zu dieser Auf-

10) Heinemann weiß denn auch zu dieser Stelle nichts Rechtes zu sagen. Er räumt ein (S. 11): „Höchstens könnte aus der dem Worte „in insulam deportandus est" hinzugefügten Begründung „quia duplex crimen est" ge-

fassung, die das Problem in einer auch heute noch gültigen Weise löst, war das deutsche Recht nicht fähig. Wie alle jugendlichen Rechte haftete es an den sinnfälligen Ereignissen und sah deshalb das Wesen des Verbrechens und mithin das seine Einheit Bestimmende im Erfolg. [11]) Dieser Tatsache wird indessen die entscheidende Bedeutung dadurch genommen, daß das deutsche Strafrecht der Volksrechte wie auch noch der Rechtsbücher, [12]) weit mehr als das römische Recht von privatrechtlichen Gedanken beherrscht war und daß deshalb Verbrechen und Strafe noch in weit höherem Maße den Charakter einer Verletzung privater Rechte und der Leistung von Genugtuung, von Schaden und Schadenersatz trugen. Es greift deshalb das über die Poenalklagen Gesagte Platz.

Eingehende Untersuchungen widmeten dem weiteren Problem der Verbrechenseinheit die italienischen Juristen, und Bartolus stellte seine bekannte Frage: „Quomodo possum cognoscere an sint plura delicta vel unum?" Jedoch galten ihre Bemühungen vorwiegend dem fortgesetzten Delikt. Daß auch sie Verbrechensmehrheit bei Handlungseinheit für möglich hielten und daß ferner auch in der späteren deutschen Strafrechtswissenschaft der Charakter der Idealkonkurrenz als einer Verbrechenskonkurrenz unbestritten war, das hat Höpfner [13]) an Hand zahlreicher Beispiele gegenüber Heinemann nachgewiesen. Kleinschrod darf wohl als der erste betrachtet werden, der dieser Ansicht nachdrücklich widersprach und die Idealkonkurrenz als Verbrechenseinheit auffaßte. Da diese seine Be-

---

folgert werden, daß hier die schwerste der verwirkten Einzelstrafen mit Rücksicht auf die Mehrheit der verletzten Strafgesetze eine Schärfung erfährt . . . Denkbar ist aber auch, daß die Deportation ausschließlich Strafe für das schwerste Verbrechen sein soll." Dagegen ist zu sagen, daß bei dem Bedacht und der Genauigkeit, mit der die römischen Juristen Worte und Beispiele setzten, diese Auslegung gewiß nicht denkbar ist.

11) Dabei erschien häufig, was nach dem heutigen Recht ein Verbrechen ist, wegen der Zersplitterung („Atomisierung" nach Schreuer) der Tatbestände als Verbrechensmehrheit. So büßte man nach rügischem Landbrauch, wie His berichtet (S. 421) bei Stirnwunden einmal für den Knochenbruch und ferner für die entstellende Narbe. Nach dem Westerwälder Weistum wurde bei Fällen eines Grenzbaumes „anfang, fall, upp-leggen und losfahren" besonders gebüßt. Nach den Volksrechten wurde bei Tötung einer Schwangeren sowohl die Tötung der Mutter als der Leibesfrucht besonders gebüßt (Schreuer S. 52).

12) So etwa die der 1. 34 D. 44,7 ähnliche Sachsenspiegelstelle (Landrecht) zweites Buch Kap. 34 § 1: „Swer so eines mannes knecht slêht oder roubet nicht wen durch des herren schult, nâh rechte sal her in beiden buze geben." Zit. nach der Ausgabe von Waiske-Hildebrand 10. Aufl. 1919.

13) Einh. u. Mehrh. Bd. 1 S. 36.

deutung in der Litteratur mehrfach verkannt worden ist[14]) und da er seine Ansicht in einer Weise begründete, wie es auch noch heute meist geschieht, so sei die betreffende Stelle seines Lehrbuches hier abgedruckt:[15])

„. . . Erstens ist es möglich, daß jemand eine Handlung beging, welche mehrere Verbrechen in sich begreift. Der Beyschlaf mit der fremden Gattin kann Ehebruch, Sodomie und Blutschande zugleich sein. . . . Wenn dieser Fall eintritt, wenn zwar nur eine Tat begangen ward, die aber verschiedene Seiten hat, so ist nur auf eine Strafe zu erkennen. Denn es ist unveränderlicher Grundsatz, daß ein Verbrechen nur mit einer Strafe kann belegt werden. Sollte auch eine Missetat mehrere Verbrechen unter sich begreifen, so ist im Grunde doch nur eine einzige Missetat da, die aber mit beschwerenden Umständen verbunden ist. Also muß diejenige Strafe stattfinden, welche die strafbarste Eigenschaft dieses Verbrechens hervorbringt . . . Aber die höchste Strafe muß noch nebstdem geschärft werden, weil die Missetat noch mehrere strafbare Seiten hat. Diese strafbaren Nebeneigenschaften sind zwar keine für sich bestehende Verbrechen; aber sie sind doch beschwerende Eigenschaften eben und derselben Handlung, also bringen sie zwar keine besondere Ahndung hervor, aber sie schärfen allerdings die Hauptstrafe. Diese Schärfung muß aber so beschaffen seyn, daß sie einen Theil der Nebenverbrechen in sich begreift."

Kleinschrod blieb mit seiner Ansicht zunächst allein. Um die Mitte des vorigen Jahrhunderts fand er einige wenige Nachfolger in Breidenbach,[16]) Krug[17]) und Berner.[18]) Zu großer Bedeutung gelangte seine Theorie erst, als sich v. Liszt zu ihr bekannte; denn obwohl er weder ihr Begründer ist noch auch sich sonderlich eingehend mit ihr befaßt hat,[19]) so ist doch durch ihn eine bedeutende Litteratur angeregt oder beeinflußt worden.[20]) Unter seinem Namen soll sie denn auch hier bekämpft werden.

---

14) So hält Wachenfeld, Theorie der Verbrechenskonkurrenz, S. 58, Krug, und Stürenburg, Die Bestrafung konkurrierender Verbechen, Diss. 1908 S. 5, Liszt für den ersten Vertreter dieser Ansicht.

15) 3. Teil S. 174 ff.

16) Commentar über das Großherzoglich Hessische Strafgesetzbuch 1844, zit. bei Höpfner Einh. u. Mehrh. I S. 68.

17) Über die Konkurrenz der Verbrechen und insbes. über den Begriff des fortgesetzen Verbrechens 1842 S, 2, 3.

18) Lehrbuch des deutschen Strafrechts 3. Aufl. 1866.

19) Er hat diese nur in seinem Lehrbuch und in seinem Aufsatz „Der Rechtsgut- und Handlungsbegriff im Binding'schen Handbuch" Z. 6 S. 663 ff., abgedruckt in seinen gesammelten Aufsätzen, Bd. I S. 212 ff., getan.

20) So insbes. die Monographien von Heinemann, Wachenfeld und Höpfner.

§ 2. Die Auffassung der Idealkonkurrenz als einer Verbrechenseinheit, insbesondere die Ansichten Büngers, Baumgartens und Höpfners.

Der Satz von der Idealkonkurrenz als einer Verbrechenseinheit und bloßen Gesetzeskonkurrenz hat verschiedene Begründungen erfahren. Liszts Begründung, die sich implicite schon bei Kleinschrod und Krug findet,[21]) ist die kürzeste und leuchtet zunächst am meisten ein. Sie beruht nur auf der Logik und zwar auf Schlußfolgerungen aus Prämissen, die selbstverständlich zu sein scheinen. So stellt Liszt zunächst fest: „Das konkrete Verbrechen, der Verbrechensfall ist immer „ein sinnfälliges Ereignis der Außenwelt, ein Geschehen an Menschen und Dingen, eine Veränderung nach dem Kausalgesetz (Ges. Aufs. I S. 222)," und zwar besteht dieses sinnfällige Ereignis in einer bestimmt gearteten menschlichen Handlung, nämlich einer, die vom Staate mit Strafe bedroht, schuldhaft und rechtswidrig ist (a. a. O. S. 238). Liszt lehrt weiter, daß nach den sich ereignenden Verbrechensfällen der Gesetzgeber bestimmte Verbrechensbegriffe bildet. „Aus ungezählten Tötungsfällen bildet sich der Begriff des Totschlags (a. a. O. S. 217). Die unvermeidliche Lückenhaftigkeit unserer Gesetzgebung bringe es jedoch mit sich, daß wir in zahlreichen Fällen keinen Begriff haben, welcher der Handlung nach allen Seiten gerecht wird, und das seien eben die Fälle der Idealkonkurrenz (Lehrbuch S. 343). Im Falle des inzestuosen Ehebruchs stehen demnach, da der Gesetzgeber nur die Blutschande und den Ehebruch, nicht aber den Sonderfall des blutschänderischen Ehebruchs geregelt hat, dem einen Gegenstand zwei Begriffe gegenüber, von denen jeder nur zur Hälfte paßt. Wer hierin nach dem Vorgang der römischen Juristen das Zusammentreffen zweier Verbrechen erblickt, der verwechselt nach Liszt Begriff und Gegenstand.[22]) Wenn das Verbrechen ein sinnfälliges

21) a. a. O. S. 2, 3.

22) a. a. O. S. 244 gegen Binding; ebenso und teilweise mit Recht gegen die herrschende Meinung Heinemann S. 71; ferner M. E. Mayer Lehrbuch S. 506: „Die Lehre, nach der Idealkonkurrenz Verbrechenskonkurrenz sei, ist bloß unzweckmäßig, nicht falsch, sofern man . . . die Deliktsbegriffe meint." Ebenso Beling, Lehre vom Verbrechen S. 382. Im Folgenden geht es dem Verfasser natürlich darum, nachzuweisen, daß die Idealkonkurrenz ganz ebenso wie die Realk. Verbrechens = d. h. Fallmehrheit ist, so wie es Binding von der Idealk. behauptet, HB. S. 520: „Nicht Begriffe, sondern Verbrechensfälle konkurrieren." Wer die Mehrheit der Deliktsbegriffe meint und Verbrechensmehrheit sagt, der würde nicht nur etwas Unzweckmäßiges, sondern etwas Falsches lehren, weil diese Bezeichnung auch und in erster Linie auf die Realk. gerichtet ist und insofern ja unzweifelhaft eine Fallmehrheit betrifft.

Ereignis und wenn es ferner eine bestimmt geartete Handlung, also eine auf gewollte Körperbewegung zurückzuführende Veränderung in der Außenwelt ist, so folgt allerdings hieraus, daß die Idealkonkurrenz Handlungseinheit und damit Verbrechenseinheit ist. Wer die Prämissen anerkennen und gleichwohl an dem Charakter der Idealkonkurrenz als einer Verbrechensmehrheit festhalten wollte, der setzte sich zu den Gesetzen der Logik in Widerspruch. Vertreter der herrschenden Meinung bedienen sich des Satzes: „Das Verbrechen ist Handlung" und stellen durch diese Ausdrucksweise das Verbrechen als den Artbegriff dem Handlungsbegriff als seinem Gattungsbegriff gegenüber, wobei sie unter Handlung den natürlichen Vorgang, das sinnfällige Ereignis, das bei der Idealkonkurrenz nur einmal vorhanden ist, verstehen. Mit Recht wird ihnen von Baumgarten (a. a. O. S. 14) und M. E. Mayer (Lehrb. S. 157) vorgehalten, daß sie von jenem Satze aus, bei gleichzeitiger Anerkennung der Tatsache, daß bei Idealkonkurrenz nur eine Handlung gegeben ist, nur mit Hilfe des Hexeneinmaleins zur Annahme der Verbrechensmehrheit gelangen können. Ist das Verbrechen eine Handlung, dann ist eine Handlung auch notwendigerweise immer ein Verbrechen. Der Form nach haben also Liszt und seine Anhänger Recht, der Sache nach jedoch haben sie durch diesen logischen Hinweis die herrschende Ansicht nicht widerlegt und die eigene nicht bewiesen. Wie aus ihren Erläuterungen zu jenem Satze hervorgeht, wollen die Vertreter der herrschenden Meinung mit ihm nicht anerkennen, daß das Verbrechen eine Unterart der natürlichen Handlung ist.[23]) Es ist vielmehr nur der inkorrekte Ausdruck des Gedankens, daß zum Verbrechen stets eine Handlung gehört,[24]) daß die Handlung die einzige Modalität der Verbrechensbegehung ist.[25]) Bei der Wahl dieser Wendung ist logisch gegen die Annahme einer Verbrechensmehrheit bei Handlungseinheit nichts einzuwenden. Denn aus dem Satze, daß das Verbrechen eine Handlung erfordert, folgt nicht, daß zu jedem Verbrechen eine besondere selbständige Handlung notwendig ist.[26])

23) So heißt es zunächst sehr anfechtbar bei Finger, Lehrb. S. 365: „Das Verbrechen ist eine mit Strafe bedrohte, normwidrige Handlung." Sodann aber fährt der Verfasser zutreffend fort: „Ein tatsächlicher, von einem Menschen ausgehender Vorgang erscheint mit Rücksicht auf gewisse, ihn kennzeichnende Merkmale im Licht juristisch-technischer Betrachtung als ein Verbrechen."

24) So Frank, Komm. Erl. II zu § 73: „Korrekterweise müßte der Satz lauten: Zum Verbrechen gehört eine Handlung. damit ist aber längst nicht gesagt, daß eine Handlung nun ein Verbrechen ausmachen könne: zu einem Würfel gehören sechs quadratische Flächen, also 24 Seiten, und doch bildet jede Kante zwei solcher Seiten."

25) So Ortmann, Zur Lehre von der Idealk., Goldt. Arch. Bd. 35 S. 32.

26) Meyer-Allfeld, S. 237 Anm. 42.

Da also der Satz: „Das Verbrechen ist Handlung" durchaus nicht anerkannt ist, so müßte Liszt diesen Fundamentalsatz seiner Konkurrenzlehre beweisen, denn er bedarf sehr des Beweises. Es sei einmal eingeräumt, daß das Verbrechen seinem Wesen nach ein sinnfälliger Vorgang ist, so drängt sich sogleich die Frage auf, warum es dann nicht im Erfolge einer menschlichen Tätigkeit allein zu suchen ist, zumal doch offenbar die schädlichen Erfolge, nicht aber die zu ihrer Verursachung führende Tätigkeit, es sind, auf deren Verhinderung es dem Gesetzgeber ankommen muß. Diese Auffassung, daß die Zahl der Verbrechen durch die Zahl ihrer Erfolge bestimmt wird, kommt nicht nur der Anschauung des Lebens am nächsten, sondern die Tatsache, daß bei der Idealkonkurrenz von Erfolgsdelikten eine Mehrheit von Veränderungen in der Außenwelt vorhanden ist, hat auch einige Schriftsteller entscheidend beeinflußt. So nimmt v. Buri [27]) im Falle des inzestuosen Ehebruchs mit Liszt'scher Begründung Verbrechenseinheit, dagegen bei Idealk. von Erfolgsdelikten Realkonkurrenz an, desgleichen Sauer. [28]) An einer Mehrheit von Gegenständen für die mehreren Begriffe fehlt es in diesen Fällen doch gewiß nicht. Warum sollte hier nicht Verbrechensmehrheit vorliegen? Liszt gibt keine Antwort darauf, wie er auch nicht den Versuch macht, den Satz: Das Verbrechen ist Handlung, zu begründen. Dieser ist demnach nichts anderes als eine Behauptung, „ein einfacher Machtspruch". [29])

Von denen, die diesem Machtspruch eine Begründung zu geben versucht haben, ist zunächst Bünger zu nennen. Er lehnt ebenso wie Liszt und auch die herrschende Meinung auf dem Gebiet des Strafrechts den Begriff einer besonderen juristischen Handlung ab, sondern hält die strafbare Handlung für eine Unterart der natürlichen Handlung, wie es die physikalische, psychologische oder dramatische Handlung seien. Wie diese, so umfasse auch die Handlung im Sinne des Strafrechts zwei Momente, das konkrete Handeln und die Beziehung auf einen Erfolg. [30]) Ein und dasselbe Handeln erscheine, je nachdem man es zu diesem oder jenem Erfolg in Beziehung bringe, als ganz verschiedene Handlung. Es sei deshalb, — dies stellt

---

27) v. Buri, Einheit und Mehrheit der Verbrechen, 1871, S. 1.

28) Sauer, Grundlagen des Strafrechts, 1921 S. 498, der im Gegensatz zu Buri in den Fällen der Idealkonkurrenz ohne Erfolgsmehrheit ebenfalls eine Verbrechensmehrleit und zwar den einzigen Fall der Idealkonkurrenz erblickt, vgl. S. 61 ff d. A.

29) v. Bar, Gesetz und Schuld, III. Bd. S. 510 Anm. 4.

30) Bünger, Über Handeln und Handlungseinheit als Grundbegriffe der Lehre vom Verbrechen und der Strafe, Z. f. d. ges. Str. Wiss. Bd. 8 S. 564.

er gegenüber Liszt ausdrücklich fest —, nicht selbstverständlich, daß bei Einheit des konkreten Handelns, aber Mehrheit der Beziehungen zu seinen Erfolgen nur ein Verbrechen vorliegen könne, diese Frage bedürfe vielmehr eingehender Untersuchung. Er glaubt sie aus philosophischen und psychologischen Gründen bejahen zu müssen. Das Verbrechen ist nach ihm verbrecherischer Wille, denn gegen ihn, nicht gegen „tote, irreparable Erfolge" wende sich das moderne Strafrecht (a. a. O. S. 702). Es komme also darauf an, ob trotz der Handlungseinheit eine Mehrheit des verbrecherischen Wollens möglich sei. Er verneint diese Frage auf Grund einer von der herrschenden Meinung abweichenden, in der Philosophie von Schopenhauer vertretenen Ansicht über die Natur des Willens. Nach Bünger ist Wille lediglich der physiologische Willensimpuls, der von der Großhirnrinde ausgehende Bewegungsreiz, der auf dem Wege über die sogenannten Pyramidenbahnen die Körperbewegungen veranlaßt. Das diesem Augenblick vorhergehende Stadium des Hin- und Herschwankens zwischen Vorstellungen, von denen die einen zur Verwirklichung der Zielvorstellung drängen, die andern sie hemmen, ebenso wie das Ergebnis dieses Schwankens, der Entschluß, sei dagegen noch kein Wollen (a. a. O. S. 549) [31] Da der von Bünger allein als Wille angesprochene Impuls bei jeder Handlung — im Sinne von Körperbewegung — nur einmal vorhanden ist, so ergibt sich hieraus allerdings eine Parallelität von Handlung und Verbrechen und es würde bei Richtigkeit der Büngerschen Ansicht, — die Zulässigkeit der von ihm angewandten naturwissenschaftlichen Betrachtungsweise vorausgesetzt —, im Lichte dieser Betrachtung die Unmöglichkeit einer Verbrechensmehrheit bei Handlungseinheit erwiesen sein. Indessen kann Bünger, selbst wenn man ihm auf den Weg der Psychologie folgt, nicht beigepflichtet werden. Er beruft sich für die Richtigkeit seiner Behauptung auf die „Hauptautorität" in der Psychologie, nämlich auf die menschliche Erfahrung, welche uns deutlich zeige, daß unsere tätige Willenskraft, die psychische Energie etwas ganz anderes sei als unser Vorstellungsvermögen (eod.

31) Oder wie Schopenhauer es ausgedrückt hat (Die Welt als Wille und Vorstellung, hrsg. von Frauenstädt, Bd. 2 S. 120): Willensbeschlüsse, die sich auf die Zukunft beziehen, sind bloße Überlegungen der Vernunft, über das, was man dereinst wollen wird, sind nicht eigentliche Willensakte: nur die Ausführung stempelt den Entschluß, der bis dahin immer nur noch veränderlicher Vorsatz ist und nur in der Vernunft, in abstracto existiert. In der Reflexion allein ist Wollen und Tun verschieden: in der Wirklichkeit sind sie eins. Jeder wahre, ächte, unmittelbare Akt des Willens ist sofort und unmittelbar auch erscheinender Akt des Leibes: und diesem entsprechend ist andererseits jede Einwirkung auf den Leib sofort und unmittelbar auch Einwirkung auf den Willen."

loc.). Indessen zeigt eine sorgsame Prüfung der Bewußtseinsvorgänge gerade das Gegenteil. Zunächst zeigt sie, daß ein großer Teil unserer Handlungen von uns vorgenommen wird, ohne daß wir uns der Art und Weise der Vornahme bewußt würden. Es kommt zu keinem Schwanken und darauf folgenden Entschluß, vielmehr werden, kaum das die Zielvorstellung ins Bewußtsein getreten ist und lediglich auf diese Vorstellung hin, sogleich die notwendigen Körperbewegungen ausgeführt (sog. ideomotorische Handlungen [32]). Ferner macht jeder die Erfahrung, daß er, an irgend etwas denkend, in einem unbeherrschten Augenblick, lediglich unter dem Einfluß seiner Gedanken die den Vorstellungen entsprechenden Bewegungen macht. Das berechtigt zu der Annahme, daß jede Bewegungsvorstellung die wirkliche Bewegung, auf die sie sich bezieht, ohne weiteres herbeiführt, sofern nicht antagonistische Vorstellungen entgegentreten, daß überhaupt unser ganzes Bewußtsein impulsiv ist. „Wir haben," sagt mit Recht William James, „nicht zuerst eine Empfindung oder einen Gedanken und müssen dann noch etwas Dynamisches hinzufügen, um eine Bewegung zu erhalten. Jeder Bewußtseinsvorgang, der in uns auftritt, ist das Correlat einer Nerventätigkeit, die bereits im Begriff ist, Bewegung anzuregen." (a. a. O. S. 426). Sobald mehrere Zielvorstellungen miteinander in Wettstreit treten oder aber der einen Vorstellung hemmende Vorstellungen sich entgegenstellen, wie das gerade bei moralisch und erst recht bei strafrechtlich bedeutsamen Handlungen der Fall zu sein pflegt, so vermag sich die eine Vorstellung nicht ohne weiteres in Bewegung umzusetzen, es setzt ein Kampf der Vorstellungen ein, die nicht wie Bilder durcheinander wirbeln, während die Willenskraft unberührt daneben steht, sondern als die Kräfte, die den Körper bewegen, miteinander ringen, bis die eine Tendenz, die eine Willensrichtung sich durchgesetzt hat.[33]) Im selben Augenblick, da das Bewußtsein für die eine oder andere sein „Fiat" gesprochen hat, wie James treffend den Haltepunkt im Strom des Bewußtseins, den Entschluß genannt hat, ist es nunmehr sie, die als treibende Kraft wirkt, ist sie der Willensimpuls! Willensentscheid und Willensimpuls fallen also nicht auseinander, auch dann nicht, wenn die beschlossene Handlung erst nach vielen Überlegungen über die Art ihrer

32) William James, Psychologie, übers. von Dürr, 1920, S. 423; „gewöhnliche Zielhandlungen" nach Otto Liepmann, Grundriß der Psychologie für Juristen 1925, S. 51.

33) Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. II, 1, 2. Aufl. 1914, S. 31: „Motiv ist ein über seine Nebenbuhler oder Gegner zum Siege gelangter Handlungsreiz."

Ausführung insbesondere der anzuwendenden Mittel oder wenn sie erst viel später vorgenommen wird. Das ist besonders von dem für die Rechtswissenschaft so bedeutsamen Psychologen Heinrich Maier überzeugend dargetan worden (Pschyologie des emotionalen Denkens S. 600 ff.). In dem ersten Fall löst der Willensentschluß als der primäre Willensimpuls als erste innere Teilhandlung die Überlegung der Mittel aus. Sind diese als geeignet erkannt, so wandelt sich diese Erkenntnis (kognitive) vorstellung in Begehrungs (volitive) vorstellungen um und es werden sekundäre Willensimpulse zur Vornahme weiterer Teilhandlungen ausgelöst (a. a. O. S. 604). Ebenso wirkt der betagte Willensentschluß fort und führt später über einen sekundären Impuls zur Vornahme der betagt beschlossenen Handlung. Willensentscheid und Willensimpuls sind demnach nur begrifflich zu scheiden (eod. loc.). Hätten Bünger und Schopenhauer Recht, so wären alle unsere Entschlüsse und Maximen kraftlose Gedankengebilde. Glücklicherweise zeigt die Erfahrung, daß im Gegenteil alle wichtigeren Handlungen und ganze Handlungsreihen auf der Wirksamkeit von Entschlüssen beruhen, die lange Zeit vor ihrer Verwirklichung gefaßt worden sind. Nur ist das Maß ihrer Wirksamkeit verschieden und bei den Menschen am größten, die wir bezeichnender Weise willensstark nennen, also stark in d e m Wollen, das nach den genannten Schriftstellern kein Wollen ist. Da durch eine Handlung ein in mehrfacher Hinsicht verbrecherischer Entschluß oder mehrere Entschlüsse verwirklicht werden können, wie Bünger selbst nicht bestreitet, und andererseits, wie ausgeführt, schon der Entschluß als Wille anzusehen ist, so ergibt sich, daß ein mehrfaches verbrecherisches Wollen bei einer Handlung durchaus möglich ist und daß unter dem von Bünger geltendgemachten Gesichtspunkt der Annahme einer Verbrechensmehrheit bei Handlungseinheit nichts im Wege steht.

Im Gegensatz zu Bünger erkennt Baumgarten zwar an, daß wir schon den Entschluß als Willen zu bezeichnen haben; in Übereinstimmung mit ihm dagegen findet auch er das Verbrechen im Willen, und zwar im unsittlichen Willen,[34]) er stimmt auch im Ergebnis mit Bünger überein, indem er ebenfalls annimmt, daß ein mehrfaches verbrecherisches Wollen bei einer Tätigkeit unmöglich und deshalb Idealkonkurrenz notwendig Verbrechenseinheit sei. Zur Begründung dieses Satzes

34) a. a. O. S. 43. Dabei geht er freilich im engen Anschluß an Stammler von einem besonderen Begriff der Sittlichkeit aus. Er scheidet zwischen den Normen, denen der Mensch folgen muß, „um den Inhalt seines Wünschens rein und gesetzmäßig zu erhalten," den Normen der Moral, und den

führt er aus, daß wir in der Schuld ein formales und ein materielles Moment zu unterscheiden haben. Das formale Element besteht in der Auflehnung gegen das Sittengebot, das materielle in der Verletzung bestimmter Pflichten, unter der als erste die formale Pflicht, der Rechtsordnung zu gehorchen, zu nennen ist.[35]) Baumgarten argumentiert nun (S. 52): „Es ist nicht möglich, daß jemand zwei selbständige verbrecherische Entschlüsse in einer Tätigkeit zur Ausführung bringt, denn der zweite Entschluß findet die innere Bestimmung zur Widersetzlichkeit gegen den übergeordneten Willen des Sittengebotes, das in der hier auftretenden Form jedenfalls heteronom ist, bereits vor. Das, was er allein hinzufügen kann, das nämlich, was den besonderen Inhalt seiner konkreten Widersetzlichkeit bildet, ist nichts Selbständiges, nichts von der allgemeinen Natur der Widersetzlichkeit zu Trennendes. Wollte man daher zu einer mehrfachen Schuld kommen, so müßte man in dem Festhalten eine neue Schuld sehen, was zu der absurden Konsequenz führen würde, daß bei jeder strafbaren Handlung unbestimmt vielfache Schuld vorliegen könnte. Somit bleibt nichts anderes übrig, als bei Einheit der Tätigkeit eine Schuldeinheit anzunehmen, die aus der Vielheit der verschiedenen äußeren Wirkungen ihre inhaltliche Bestimmung erhält."

Baumgarten macht entweder einen logischen Fehler oder aber er gibt unbewußt seine Ansicht vom Verbrechen auf. Dieser logische Fehler wird deutlich bei der Erörterung der praktischen Konsequenzen seiner Ansicht. Dort heißt es (S. 83): „Idealkonkurrierende Delikte können nicht wie realkonkurrierende durch unverminderte Strafenkumulation geahndet werden, es würde sonst ein und dasselbe Schuldmoment mehrfach gewürdigt werden." Hier wird also klar, daß nach Baumgartens Ansicht der Verbrecher in zweifacher Beziehung schuldig und deshalb bestraft wird, einmal, weil er überhaupt sich

---

Normen, die an das soziale Gewissen appellieren, die das soziale Wollen gesetzmäßig erhalten wollen, den Normen des richtigen Rechts. Das Verbrechen ist eine Auflehnung gegen die — von ihm als heteronom zugegebenen — Normen des richtigen Rechts, das nach Baumgarten eine besondere Form der Sittlichkeit ist (S. 46—48). Die Ablehnung ergibt sich aus den Ausführungen in Kap. 4 d. A. über die Abgrenzung von Recht und Sittlichkeit.

35) Er sucht ferner nachzuweisen, daß bei Idealk. häufig auch eine weitergehende Identität des materiellen Schuldelements besteht. So werde sowohl durch den Tatbestand der Urkundenfälschung wie auch den des Betruges die Lüge strafrechtlich erfaßt, bei Idealk. beider Delikte liege insoweit Identität des mat. Schuldm. vor (S. 66). Die Widerlegung dieses Arguments folgt implicite aus den Ausführungen, die zur Begründung der eigenen Ansicht gemacht werden.

gegen das Sittengebot auflehnt, das heißt aber, ganz allgemein pflichtwidrig handelt, und ferner, weil er es in einer ganz bestimmten Form tut, weil er eine ganz bestimmte Pflicht verletzt, welche Pflichtverletzung ja den konkreten Inhalt seiner Widersetzlichkeit darstellt. Man kann nun selbstverständlich, wenn wir einmal mit Baumgarten das Verbrechen als Unsittlichkeit auffassen wollen ein Verbrechen schlechthin als eine Widersetzlichkeit bezeichnen, und ferner es in seiner Eigenschaft als einer bestimmt gearteten Pflichtverletzung betrachten, aber damit wird doch ein und dasselbe Verbrechen nur einer zweifachen Betrachtung unterworfen. B. aber macht, die eigene Warnung mißachtend, daß der besondere Inhalt einer konkreten Widersetzlichkeit nicht von der allgemeinen Natur der Widersetzlichkeit getrennt werden kann, aus der zweifachen Betrachtung der einen ungeteilten Schuld zwei nebeneinander liegende, getrennte Schuldelemente, macht aus der Eigenschaft des Verbrechens, Widersetzlichkeit zu sein, einen selbständigen Bestandteil gegenüber seiner Eigenschaft, diese oder jene Pflichtverletzung zu sein. Er macht aus zwei Begriffen zwei Gegenstände. Der Fehler erklärt sich wohl so, daß Baumgarten der Gedanke vorschwebt: Wer nur einmal handelt, widersetzt sich nur einmal! und daß er unter dem Eindruck der natürlichen Betrachtungsweise die Widersetzlichkeit erst in der Tätigkeit sieht. Dann ist freilich die Widersetzlichkeit nur einmal vorhanden. Von Baumgartens Standpunkt aus, von dem aus ja schon in dem Entschluß das Verbrechen zu sehen ist, ist nicht einzusehen, warum bei zwei Entschlüssen nur eine Auflehnung gegen das Sittengebot vorliegen soll. Ist der erste Entschluß gefaßt, so liegt damit, die spätere Verwirklichung vorausgesetzt, eine vollendete Auflehnung vor; wird außerdem noch ein anderer verbrecherischer Entschluß gefaßt, so ist damit eine neue selbständige Widersetzlichkeit gegeben, deren Selbständigkeit doch durch die erste nicht berührt wird, besonders nicht durch die spätere Verwirklichung in einer Tat, da in der Verwirklichung, im Tätigwerden ja nach Baumgarten das Verbrechen nicht liegen soll, sondern im Willen. Noch unverständlicher erscheint die Annahme, daß das Vorhandensein eines verbrecherischen Entschlusses einen weiteren selbständigen Entschluß vor der beide verwirklichenden Tätigkeit ausschließen soll, wenn man auf S. 83 liest: „Man kann nicht für die Körperverletzung eine Strafe aussetzen und dann für die damit ideell konkurrierende Sachbeschädigung eine zweite, denn es müßte sonst die letztere für etwas erteilt werden, dem der Kern jedes Verbrechens mangelt, der Widerspruch mit der Rechtsordnung, der ja durch die Bestrafung der Körperver-

letzung schon abgegolten ist." Aber da doch die Rechtsordnung aus einer Summe von Geboten und Verboten besteht, — jedenfalls soweit sie sich mit den sozialschädlichen Handlungen befaßt —, so ist klar, daß bei idealkonkurrierender Körperverletzung und Sachbeschädigung zwei Widersprüche zur Rechtsordnung vorliegen. Zudem zeigt sich an dieser Stelle, daß der Verfasser sich selbst in seinem kunstvollen Gedankengebäude nicht mehr zurechtfindet. Denn er warnt davor, daß der Gegensatz von formalem und materiellem Schuldelement mit dem Gegensatz von Übertretungen formaler Pflichten und Übertretungen von Verletzungsverboten verwechselt werde (S. 62 Anm.). Hier aber wird ihm unvermerkt die Verletzung der formalen Pflicht, der Rechtsordnung zu gehorchen, die er, weil sie die Verletzung einer bestimmten Pflicht ist, an erster Stelle zum materiellen Schuldelement rechnet (vgl. S. 18 d. A.), zu dem formalen Schuldelement, wegen dessen bei Idealkonkurrenz angeblich stets vorhandener Einheit er sich zur Annahme von Verbrechenseinheit genötigt sieht.

Wie schon angedeutet, hat sich Baumgarten bei seiner Ansicht unvermerkt von einer andern, von ihm bekämpften Anschauung leiten lassen, der Anschauung nämlich, daß das Verbrechen nicht schon im Entschluß und nicht erst im Erfolg, sondern lediglich in der Tätigkeit liegt. Diese Ansicht wird von Höpfner vertreten und stellt die beste Begründung dar, die die Lehre von der Idealkonkurrenz als einer Verbrechenseinheit gefunden hat. Höpfner weist zunächst Liszt gegenüber darauf hin, daß der Begriff der — natürlichen — Handlung mehrdeutig ist und daß der Sprachgebrauch erlaubt, sowohl die Tätigkeit mitsamt dem Erfolg als auch die Tätigkeit im Gegensatz zu ihrem Erfolg als Handlung zu bezeichnen. Es könne deshalb nicht das Wesen des Verbrechens durch eine Erforschung der natürlichen Handlung erkannt, sondern nur durch eine Erkenntnis des Verbrechens festgestellt werden, was im Sinne des Strafrechts Handlung sei (I, S. 112 Anm. 5). Er weist zunächst zutreffend darauf hin, daß das Verbrechen mit staatlicher Strafe bedrohtes Unrecht sei, und daß dieses Unrecht in dem Ungehorsam gegen die Rechtsnormen bestehe. Nur für das Unrecht treffe den Verbrecher die Strafe, deshalb dürfe das Verbrechen, wenn auch zu seinem Vorliegen sämtliche Tatbestandsmerkmale gegeben sein müßten, dennoch nicht mit der Summe dieser Merkmale, mit der Erfüllung des Tatbestandes identifiziert werden. Diese Merkmale seien vielmehr von verschiedenem Rang. „Es hat, während man sehr wohl von den einzelnen Tätigkeitsakten sagen kann, daß die Strafe den Verbrecher für sie treffe, keinen Sinn zu sagen, sie

treffe den Störer des Hausfriedensbruchs für die Aufforderung des Berechtigten, sich zu entfernen." (I, S. 108.) Die Strafe trifft nach Höpfner den Verbrecher auch nicht wegen seines verbrecherischen Wollens, denn diesem stehe das Gesetz indifferent gegenüber (I, S. 132), noch auch wegen des Erfolges, denn: „Dem B zu verbieten, daß A stirbt, ist ebenso sinnlos für den Fall, daß er dem A eine Kugel in den Leib jagt als für den Fall, daß A, ohne daß B damit zu tun hat, sich die Cholera zuzieht." (I, S. 131), sondern „dasjenige, was unter den Begriff des Unrechts zu subsumieren ist, ist, soweit die Verbote des Rechts in Frage kommen, immer nur die Tätigkeit" (I, S. 145).

Höpfner ist zunächst darin beizustimmen, daß keine Rechtsnorm, ja überhaupt keine Norm den Erfolg einer Tätigkeit verbieten oder gebieten kann (s. dazu Schoetensack, Festschrift für K. Binding Bd. I, S. 383 f.). Denn fordern läßt sich durch die Norm nur das, was ganz in der Gewalt des Adressaten, was noch ganz im Bereich seiner Persönlichkeit liegt. Das trifft jedoch, streng genommen, nur auf seine Entschlüsse und die zu ihrer Verwirklichung innervierte Tätigkeit zu, nicht auf den mit ihr bezweckten und erreichten Erfolg. Wenn das fünfte Gebot lautet: Du sollst nicht töten! so kann das nur bedeuten: Du sollst dich nicht so verhalten, daß dadurch der Tod eines Menschen eintritt! oder, um mit Bindings Worten zu reden: Du sollst nicht die Ursache zum Tode eines Menschen erzeugen! [36]). Wer den Erfolg zum Verbrechen rechnet, der übersieht, von der hier vertretenen Auffassung des Verbrechens als Normwidrigkeit aus, daß es etwas ganz Verschiedenes ist, ob etwas dem Zweck einer Norm zuwiderläuft oder ob es selbst der Gegenstand der Norm ist [37]). Der verbrecherische Erfolg läuft dem Zwecke der Rechtsnorm zuwider, übertreten wird das in ihr liegende Gebot oder Verbot allein das Handeln. Nur das kann zweifelhaft sein, ob wir das Sub-

---

36) Normen Bd. I S. 115. Binding macht zugleich auf die 1. 15 § 1 D. 9, 2 aufmerksam, in der sich die gleiche Auffassung auszusprechen scheint. Ulpian bespricht darin die beiden Fälle, daß ein durch Legat vermachter Sklave vor Annahme der Erbschaft tödlich verwundet wird und in dem einen Fall später durch einen Schiffbruch oder andern Unglücksfall zu Tode kommt, im andern Fall an der Wunde stirbt. Er entscheidet, daß im zweiten Fall quasi de occiso soll geklagt werden können — also aus der Aquilia auf den höchsten Wert innerhalb des letzten Jahres seit der Verwundung — und sagt zur Begründung „quia verum est eum a te occisum tunc cum vulnerabas, quod mortuo eo demum apparuit. Binding selbst zieht jedoch nicht die Konsequenz aus seinen Worten. Für ihn ist auch der Erfolg Gegenstand der Normübertretung.

37) Höpfner, I S. 131.

strat einer Norm schon in dem Entschluß oder ausschließlich im Tätigwerden zu erblicken haben.

Die Frage ist für die Normen der Sittlichkeit und des Rechts verschieden zu beantworten. Für die moralische Betrachtung wird kaum weniger als schuldig zu erachten sein, wer, fest entschlossen, seinen Gegner zu töten, nur durch einen Zufall dazu außerstande ist, etwa wenn er diesen schlafend glaubt und ihm den Kopf spaltet, während jener schon tot ist. Demgegenüber ist es bezeichnend, daß für das Recht die Frage streitig werden konnte, ob hier überhaupt eine strafbare Handlung vorliegt. Aber selbst wenn man, der nicht für richtig zu haltenden Ansicht des Reichsgerichts folgend, in jener Handlung einen strafbaren Versuch erblicken will, so ist doch der weitreichende Unterschied zwischen der Stellung der Moral und der des Rechts zum Innenleben des Menschen nicht zu verkennen, und es scheint selbst bei Einnahme des obigen Standpunkts der Natur des Rechts als einer äußeren Regelung die Annahme Höpfners am meisten angenmessen, daß die Rechtsnormen erst durch die Tätigkeit in Richtung auf den verbrecherischen Erfolg übertreten werden. Es wird zwar eine Selbstverständlichkeit ausgesprochen, wenn Radbruch [38]) ausführt: „Auch das äußere Verhalten ist sittlicher, auch das innere rechtlicher Betrachtungsweise zugänglich, es gibt kein Gebiet inneren und äußeren Verhaltens, das nicht sowohl sittlicher wie rechtlicher Bewertung unterzogen werden könnte . . ." Aber, worauf der genannte Schriftsteller auch hinweist, es sind doch die Blickpunkte beider Betrachtungsweisen ganz verschieden. Die moralische Betrachtung interessiert das äußere Verhalten nur, „sofern es ein inneres Verhalten beglaubigt" (Radbruch a. a. O.). Die rechtliche Betrachtung darf sich um das Innenleben nur kümmern, wenn dazu ein äußeres Verhalten dringende Veranlassung bietet. Während deshalb vom Standpunkt der Sittlichkeit aus gesagt werden kann: „Wer seines Nächsten Weib begehrt, der hat die Ehe schon gebrochen in seinem Herzen", muß der rechtlichen Betrachtung das Denken und Fühlen der Gesetzunterworfenen an und für sich ganz gleichgültig sein. Insoweit gilt noch immer das Wort: „Fürs Denken kann man niemanden henken." Mag einer die blutrünstigsten Entschlüsse gefaßt haben, — erst in dem Augenblick, da er zu ihrer Verwirklichung tätig wird, stößt er an die Schranken des Rechts, übertritt er seine Normen. Dieser Standpunkt des Rechts ist möglich, weil aus einem Wollen nicht mit Sicherheit auf ein entsprechendes Handeln zu schließen

38) Grundzüge der Rechtsphilosophie 1914 S. 46.

ist. Ist ein bestimmter Entschluß gefaßt, so bedeutet das nach den früheren Ausführungen ja nur, daß in diesem Augenblick eine Gruppe von Vorstellungen über die andere das Übergewicht erlangt hat. Aber der Strom des Bewußtseins reißt ja nicht ab, die zur Zeit zurückgedrängte antagonale Tendenz wirkt fort, sodaß, zumal bei strafbaren Handlungen, bei denen die der Tat entgegenwirkenden Motive stark zu sein pflegen, eine Änderung der Willensrichtung nicht ausgeschlossen ist. Während es oben als sinnlos hingestellt werden konnte, dem B zu verbieten, daß er den A. töte, für den Fall, daß er ihm eine Kugel in den Leib jagt, ist es mit Rücksicht auf die angestellte Erwägung durchaus nicht sinnlos, dem schon zur Tötung entschlossenen B die Tötung zu verbieten. Nur wenn aus dem Wollen mit Notwendigkeit auf ein entsprechendes Handeln geschlossen werden müßte, hätte Bierling mit seinem Argument gegen Höpfner Recht, daß überall mit einem bestimmten Verhalten auch ein bestimmtes Wollen gefordert werde [39]), nur dann müßten wir uns auch die Rechtsnormen auch als auf den Willen gerichtet denken.

Ein gewichtiges Argument gegen die behauptete Verschiedenheit zwischen Recht und Moral hinsichtlich des Substrats ihrer Normen ergibt sich gerade bezüglich des Strafrechts für den, der die Rechtsstrafe als Vergeltung auffaßt. Damit würde die Strafe notwendiger Weise als ein der Sittlichkeit angehörender Begriff aufgefaßt. Denn die Forderung der ausgleichenden Gerechtigkeit, der Vergeltung, entspringt der Moral, wie sich mit Deutlichkeit aus ihrem kategorischen Charakter ergibt, der den besten Ausdruck bei Kant gefunden hat: Selbst wenn sich die bürgerliche Gesellschaft mit aller Glieder Zustimmung auflöste (z. B. das eine Insel bewohnende Volk beschlösse, auseinander zu gehen und sich in alle Winde zu zerstreuen), müßte der letzte im Gefängnis befindliche Mörder vorher hingerichtet werden, damit jedermann erfahre, was seine Taten wert sind und die Blutschuld nicht auf dem Volke hafte, das auf diese Bestrafung nicht gedrungen hat" [40]). So spricht die Sittlichkeit, nicht aber darf das der Leitsatz für den Erlaß von Rechtsnormen sein, von Normen, die Mittel zur Erreichung bestimmter sozialer Zwecke sind, nicht aber als um ihrer selbst willen zu erfüllende Forderungen in uns leben.

---

39) Juristische Prinzipienlehre Bd. I, S. 155.

40) Anfangsgründe der Rechtslehre, 2. Teil, I. Abschnitt, Das Staatsrecht E I. Daß der Rechtslehre Kants ein Beispiel für die sittliche Betrachtungsweise entnommen wird, darf nicht wundern, denn es handelt sich ja bei dieser Rechtslehre um Naturrecht, das in der Hauptsache verkannte Morallehre war, vgl. § 4.

Nicht Verbrechen zu sühnen gilt es vom rechtlichen Standpunkt aus, sondern zu hindern [41]).

Aus der Erkenntnis, daß sich die Rechtsnormen weder gegen das verbrecherische Wollen noch gegen den verbrecherischen Erfolg, sondern allein gegen das äußere menschliche Verhalten richten, ergibt sich, daß durch ein und dieselbe körperliche Handlung oder Unterlassung ein Gesetz nicht mehrfach verletzt werden kann und daß also die sogenannte gleichartige Idealkonkurrenz in Wahrheit kein Konkurrenzfall, sondern lediglich ein besonders schwerer Verbrechensfall oder, wie Beling [42]) es genannt hat, ein Verbrechen mit verstärkter Tatbestandsmäßigkeit ist. Denn da der Adressat der Rechtsnorm erst und allein durch ein äußeres Verhalten sich eines Unrechts, d. h. aber eines mit staatlicher Strafe bedrohten Ungehorsams gegen die Rechtsnorm schuldig macht, im Falle der gleichartigen Idealkonkurrenz jedoch nur ein einmaliges Verhalten und nur einzige dadurch verletzte Norm vorhanden ist, so ist klar, daß hier nur ein Fall dieses Ungehorsams, also nur ein Verbrechensfall vorliegt. Desgleichen folgt aus jener Einsicht, daß die ungleichartige Idealkonkurrenz, wenn sie Verbrechensmehrheit ist, dies nicht deshalb sein kann, weil bei ihr in der Wirklichkeit ein Mehreres vorhanden ist, etwa eine Mehrheit von Erfolgen, denn auch bei ihr ist das, worauf sich in der Wirklichkeit die Rechtsnorm richtet, das zwischen Entschluß und Erfolg liegende Handeln oder Unterlassen, nur einmal vorhanden. Angesichts der in der Wirklichkeit vorhandenen Einheit muß also die Annahme der Verbrechensmehrheit sich aus Umständen ergeben, die der Sinnenwelt nicht angehören, und es hängt somit die Lösung der Frage nach dem Wesen der — ungleichartigen — Idealkonkurrenz zunächst und hauptsächlich davon ab, ob das konkrete Verbrechen in der Tat ein sinnfälliges Ereignis, ein Geschehen an Menschen und Dingen ist, wie Liszt voraussetzt und worin ihm Höpfner ohne weiteres folgt, oder nicht.

---

41) An dieser großen Verschiedenheit der Rechtsstrafe von der Strafe im Sinne sittlicher Vergeltung ändert es nichts, daß, wie freilich in der heutigen Zeit nicht stark genug betont werden kann, der Gesetzgeber ängstlich darauf bedacht sein muß, seine Strafgesetze mit den moralischen Anschauungen der Gesetzesunterworfenen in Einklang zu bringen und zu erhalten, da auf der Übereinstimmung mit ihnen nicht zum Wenigsten die Geltung der Strafgesetze beruht. Mit Recht sagt deshalb H. v. Ferneck, Die Schuld im Recht und in der Moral, Z. f. d. ges. Str. Wiss. 32, S. 268: Die Rechtsstrafe ist nicht Vergeltung ihrem innersten Wesen nach. Sie ist nur in dem heutigen Stadium als Vergeltung einzurichten.

42) L. v. V., S. 323; Grundzüge des Strafrechts, 8/9 Aufl. 1925 S. 97.

§ 3.

Die ungleichartige Idealkonkurrenz — — eine Mehrheit von Verbrechensfällen.

Es ist der Lisztschen Ansicht eingeräumt worden, daß ihre Begründung auf den ersten Blick sehr einleuchtend und jedenfalls sehr einfach ist, was ihr allein schon, nach dem Satz: „Simplex sigillum veri" den Schein der Richtigkeit verleiht und zu ihrer Verbreitung nicht wenig beitragen mag. Denn was leuchtet wohl zunächst mehr ein und scheint mehr geeignet, fester Ausgangspunkt für eine eigne Ansicht in dem Gewirr strafrechtlicher Lehrmeinungen zu sein, als der Satz: Das konkrete Verbrechen ist ein sinnfälliges Ereignis. Gibt es denn in concreto etwas Sinnfälligeres, Fühlbareres als etwa einen Mord? Daß in der Tat jedoch wenigstens der Jurist die Realität des Verbrechens leugnen muß, läßt sich gerade an der Darstellung Liszts am leichtesten zeigen, da er in krasser Weise die naturwissenschaftliche, historisch-genetische Methode in die Jurisprudenz einführt. Denn es ist eine rein naturwissenschaftliche Betrachtungsweise, wenn Liszt die konkreten Verbrechen als Realitäten von unbegrenzter Mannigfaltigkeit ansieht, denen im Strafgesetzbuch ein begrenzter Katalog von Begriffen, die nach den typischen Erscheinungsformen der Gattung „Verbrechen" gebildet sind, gegenübersteht. Der Richter steht danach also mit seinem Strafgesetzbuch den Verbrechen als einem Ausschnitt aus der Welt der Erscheinungen genau so gegenüber wie etwa mit seinem Linné'schen System der Naturwissenschaftler einer Tiergattung als einem anderen Ausschnitt aus der Erscheinungswelt. Die Unmöglichkeit der naturwissenschaftlichen Betrachtungsweise für die juristische Erfassung des Verbrechens zeigt sich jedoch aufs Deutlichste an dieser Parallele, — denn um eine Parallele, die Liszts Ansicht bestätigen müßte, wenn er Recht hätte, nicht um einen vagen, bildhaften Vergleich handelt es sich hierbei. Wenn der Naturforscher eine neue Species entdeckt, so ergibt sich für ihn daraus, daß sein Begriffssystem nicht vollständig und mithin zu berichtigen ist. Für den Strafrichter ist dagegen nach modernem Strafrecht ein Factum, das keinem gesetzlichen Verbrechensbegriff entspricht, garnicht vorhanden, denn Tatbestandsmäßigkeit ist, wie Beling in seiner Verbrechenslehre gezeigt hat, dem modernen juristischen Verbrechensbegriff wesentlich. Es zeigt sich also bei hinreichend konsequentem Denken, daß aus der Liszt'schen Ansicht die Straflosigkeit

der Idealkonkurrenz folgt, wenn zwar ein Strafrecht den Satz „Nulla poena sine lege“ anerkennt, jedoch über die Behandlung der Idealkonkurrenz keine Bestimmung getroffen hat. Da jedoch dieser Gedanke ganz absurd ist, hingegen die Folgerung aus der hier verteidigten Ansicht, daß nämlich mangels einer gesetzlichen Regelung bei Idealkonkurrenz unter dem Gesichtspunkt eines jeden der konkurrierenden Strafgesetze eine besondere Strafe zu verhängen ist, vielleicht hart, keineswegs jedoch indiskutabel erscheinen kann, so ergibt sich schon aus dieser Erwägung, daß die Liszt'sche Ansicht unrichtig sein muß. Ferner: Die vom Zoologen betrachtete Tiergattung unterscheidet sich in besonderer, sinnlich wahrnehmbarer Weise von anderen Gattungen; um dieses Unterschiedes willen ward ja der Gattungsbegriff gebildet. Wie aber steht es mit dem Verbrechen, das doch eine Unterart der menschlichen Handlung sein soll? Da zeigt sich, daß die verbrecherische Handlung sich in nichts äußerlich von der erlaubten unterscheidet. Es macht physisch nicht den mindesten Unterschied, ob es der Henker ist, der den Raubmörder, oder der Raubmörder, der einen Kaufmann erdrosselt; in beiden Fällen tötet vorsätzlich mit Überlegung ein Mensch einen andern. Heinemann, der die Liszt'sche These am schärfsten und folgerichtigsten verteidigt, macht selbst die Bemerkung, daß in dem physischen Geschehen zwischen erlaubtem und unerlaubtem Handeln kein Unterschied sei (S. 60), aber er sieht nicht, was hieraus mit Notwendigkeit gegen die von ihm verteidigte Ansicht folgt. Denn besteht in dem physischen Geschehen zwischen Verbrechen und Nichtverbrechen ein Unterschied nicht, so kann auch das Vorliegen und die Anzahl konkreter Verbrechensfälle mit Hilfe der den Besonderheiten in der Realität nachspürenden naturwissenschaftlichen Betrachtungsweise nicht festgestellt und, was dieser als Einheit erscheint, nicht einfach als Einheit im Rechtssinne angesehen werden. Daß ihre Anwendung auf Vorgänge in der Rechtswelt verfehlt ist, zeigt sich auf den Rechtsgebieten außerhalb des Strafrechts noch deutlicher, obwohl auch hier diese Methode sich bewähren müßte, denn auch das bürgerliche Recht ist doch eine Summe von Normen und Begriffen, zu denen reale Personen, Dinge und Vorgänge durch Subsumtion in Beziehung gebracht werden [1]). Aber auch hier finden wir, daß Rechtsbeziehungen und Rechtsvorgänge nichts Reales sind und daß

---

1) Zu Unrecht lehnt deshalb Wachenfeld die Zulässigkeit eines Vergleiches mit dem Zivilrecht ab (Theorie der Verbrechenskonkurrenz 1893, S. 57), der als entscheidendes Argument gegen Liszt in der Litteratur bei weitem

das Recht ebenso wie das Unrecht nirgends besteht als im Bewußtsein der Menschen [2]) und nichts anderes als ein Teil unserer Vorstellungen ist [3]). Infolge der engen Verknüpfung dieser Vorstellungen mit Seinsvorstellungen entsteht der Schein, als entspräche den Rechtsbegriffen eine Realität, als seien etwa Eigentum und Besitz greifbare Dinge und ein konkretes Rechtssubjekt der lebendige Mensch. Bei näherem Zusehen überzeugen wir uns jedoch leicht, daß es sich hierbei lediglich um Vorstellungen handelt, die wir zu realen Sachen und Personen hinzudenken. Treffend sagt deshalb G. Jellinek: „Außer uns gibt es materielle Körper, aber keine Sachen im Rechtssinne, kein Eigentum, keinen Besitz“ . . . [4]), desgleichen Binding [5]): „Vielleicht ist . . . mir gestattet, noch vor einem andern Begriffsaustausch zu warnen, den ich auf allen Gebieten des Rechts, — nicht nur im Strafrecht —, bemerkt habe, und der überall gleich verhängnisvoll ist: das ist die Vertauschung des „Wirklichen“, — gefaßt als alles sinnlich Wahrnehmbare — mit dem Wirklichen im Rechtssinne. Letzteres ist nämlich immer ein Unwahrnehmbares. Noch hat niemand ein Recht oder eine Pflicht oder ein Rechtssubjekt sinnlich wahrgenommen, während sich doch aus diesen Wirklichkeiten die ganze Rechtswelt aufbaut. Durch den Hinweis auf die sichtbaren Rechtssubjekte, die Menschen, wird man mich bezüglich der Subjekte Lügen strafen wollen. Daß aber der Mensch Rechtssubjekt ist und welcher Rechte Subjekt er ist, kann ihm niemand ansehen, und daß das Subjekt des Miteigentums und der juristischen Person unwahrnehmbar sind, beweist nur für ihre rechtliche Wirksamkeit. Wie jede Pflicht, so ist jede Pflichtverletzung der sinnlichen Wahrnehmung entzogen und doch in der Welt des Rechts Wirklichkeit und Ereignis.“ Binding verweist auf diese Stelle bei der Besprechung des echten Unterlassungsdelikts, [6]) und in der Tat dürfte nichts besser die hier behauptete Idealität des Verbrechensfalles dartun als der Hinweis auf das echte Unterlassungsdelikt. Wer in einem Falle, wo das Gesetz zu handeln gebietet, nicht handelt, weil er in

---

nicht die gebührende Beachtung gefunden hat. Nur Ortmann (a. a. O. S. 30) und Coenders (Strafrechtliche Grundbegriffe, 1909 S. 307) berufen sich auf dieses wichtige Argument,.

2) Theodor Lipps, Ethische Grundfragen S. 310.

3) Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 1905 S. 332

4) Jellinek, a. a. O. S. 162, 169.

5) Binding, Normen, II, 1 S. 15.

6) Normen II, 1 S. 106. Jedoch hat es Binding unterlassen, den in Normen II, 1 S. 15 ausgesprochenen Gedanken seinen Ausführungen über das Wesen der Idealkonkurrenz zu Grunde zu legen.

vorwerfbarer Weise sich des Gebots nicht bewußt geworden ist, der wird, falls das Gesetz auch die fahrlässige Unterlassung unter Strafe stellt, bestraft, obwohl er nichts getan, nichts gewollt, nichts gedacht, also weder eine physische noch psychische Realität gesetzt hat, ja gerade deswegen bestraft. Und obwohl also in der Wirklichkeit nichts geschehen ist, nehmen wir in diesen Fällen an der Bestrafung durchaus keinen Anstoß, denn wir haben hier über der Wahrnehmung eines Nichtgeschehens doch die Vorstellung eines Geschehens. Liszt, — das ist denen, die eine vergleichsweise Heranziehung des Privatrechts zu seiner Widerlegung für unzulässig halten, entgegenzusetzen —, hat selbst die grundlegende und richtige Ansicht ausgesprochen,[7]) daß das Verbrechen dem Rechtsgeschäft an die Seite zu stellen ist und mit ihm in dem Begriff der juristischen Handlung den gemeinsamen Oberbegriff hat. Gesetzt nun, ein Unternehmer ruft seine hundert Arbeiter und erklärt ihnen: Ich kündige die mit Ihnen geschlossenen Verträge. Liszt müßte hier auf Grund seiner naturwissenschaftlichen Betrachtungsweise so folgern: Die Kündigung ist ein Begriff, die Rede des Unternehmers als das sinnfällige Ereignis ist der unter diesen Begriff fallende Gegenstand, die konkrete Kündigung, der Kündigungsfall. Es ist nur ein Konkretum gegeben, also liegt nur eine Kündigung vor. Tatsächlich erscheint hier diese Erwägung, anstatt einzuleuchten, absurd. Niemand zweifelt daran, daß hier hundert konkrete Kündigungen vorliegen und zwar ganz ebenso, als wenn sich der Unternehmer der sinnlosen Mühe unterzogen und jedem Vertragsgegner besonders die Kündigung erklärt hätte, tatsächlich haben wir die Vorstellung, daß hier nicht eine, sondern hundert Veränderungen vor sich gegangen sind. Der Grund für die einzuräumende merkwürdige Tatsache, daß uns die Absurdität der von Liszt zur Verbrechenszählung angewandten Methode bei dieser nicht sogleich zum Bewußtsein kommt wie bei der Betrachtung von Rechtsgeschäften, wird später aufgezeigt werden. Hier erhebt sich zunächst die Frage, wie es denn kommt, daß wir bei rechtlicher Betrachtung eines der Sinnenwelt angehörenden Gegenstandes die Vorstellung eines konkreten Mehrfachen haben, obwohl er sich der Wirklichkeitsbetrachtung durchaus als eine Einheit darstellt, wie etwa in dem privatrechtlichen Beispiel die Rede des Unternehmers.

Die Antwort darauf gibt die oft ausgesprochene Erkenntnis, daß wir zwei Betrachtungsweisen zu unterscheiden haben, die zwar praktisch eng ineinander verwoben sind, theo-

7) Aufsätze I S. 238.

retisch jedoch scharf voneinander getrennt werden müssen, nämlich die explikative, historisch-genetische und andererseits die normative Betrachtung. Dieser Dualismus, dessen Gegensätzlichkeit sprachlich in den Hilfsverben Sein und Sollen hervortritt, beruht darauf, daß unser Denken, wie Heinrich Maier gezeigt hat, nur zum Teil ein kognitives, urteilendes, daneben ein, sich ebenfalls in logischen Akten vollziehendes „emotionales" Denken ist. „Im emotionalen Denken werden auch Objekte vorgestellt, zwar keine wirklichen, keine wirklich seienden, gewesenen oder seinwerdenden, aber doch wirklich seinsollende oder solche, denen Illusion oder Glauben eine Art eingebildeter Wirklichkeit beilegen." (a. a. O. S. 3). Infolge dieses Zwiespaltes in unserem Denken werden die Wissenschaften in explikative und normative geschieden. Während die Naturwissenschaft es mit den Gegenständen unseres urteilenden Denkens zu tun hat, betrachten die Theologie, Ethik und Jurisprudenz Objekte unseres emotionalen Denkens. Daß unsere Rechtsvorstellungen Vorstellungen von etwas Seinsollendem sind, ist nicht ohne weiteres einzusehen. Schlagen wir die Lehrbücher der Rechtswissenschaft und die Gesetzbücher auf, so finden wir Aussagesätze und nicht Begehrungssätze, welche doch der adäquate Ausdruck emotionaler Vorstellungen sind. Daß es sich jedoch bei unseren Rechtsvorstellungen in der Tat um Sollensvorstellungen im Gegensatz zu den Seinsvorstellungen unseres urteilenden Denkens und also der naturwissenschaftlichen Betrachtungsweise handelt, wird sogleich deutlich, wenn wir einen Begriff, der den naturwissenschaftlichen und normativen Disziplinen gemeinsam ist, ins Auge fassen und die verschiedenen Bedeutungen, die er in ihnen hat, miteinander vergleichen: den Begriff des Gesetzes. Naturgesetze, die aufzusuchen Aufgabe der Naturwissenschaft ist, sind Aussagen darüber, „daß auf Vorbedingungen, die in gewisser Beziehung gleich sind, immer Folgen eintreten, die in gewisser anderer Beziehung gleich sind." [8]) So lautet etwa ein Naturgesetz: Die Helligkeit des Lichts nimmt im Quadrate seiner Entfernung ab. Es wird auf Grund unserer Erfahrung festgestellt, daß etwas so und so ist und immer so sein wird. Die „Geltung" des Naturgesetzes besteht deshalb, wie Kelsen hervorhebt (a. a. O. S. 13), in seiner Wahrheit. Würde festgestellt, das es sich bisweilen anders verhält als das Naturgesetz aussagt, so wäre damit nicht das Naturgesetz „übertreten", sondern es hätte sich gezeigt, daß das im Naturgesetz ausgesprochene Ergebnis unserer Erfahrung unrichtig war. Der Be-

8) Helmholtz, zit. bei Kelsen; Hauptprobleme der Staatsrechtslehre 1911, S. 5

griff des Naturgesetzes schließt die Möglichkeit aus, daß dem Gesetz ein einzelnes Geschehnis widerspricht. Ganz anders verhält es sich mit den Gesetzen der Moral und des Rechts. Sie sind keine Erkenntnisurteile, sondern Forderungen. Sie wollen nicht wahr sein, sondern befolgt werden.[9]) Und eben dieser Anspruch macht ihre Geltung aus. Im Gegensatz zu den Naturgesetzen, von deren Übertretung nicht gesprochen werden kann, ist ihnen die Möglichkeit der Übertretung wesentlich, weshalb es „im Wesen des Rechts begründet liegt, daß es Unrecht gibt.“[10]) Sie sind es, die uns in den wahrgenommenem Ablauf des physischen Geschehens eine ideale Ordnung der Dinge hineindenken und je nach ihrem Inhalt in dem einmaligen physischen Ereignis ein Vielfaches, in dem Nichtgeschehen ein Geschehen erblicken lassen, wie am ehesten wieder beim echten Unterlassungsdelikt deutlich wird; denn es ist der zu der Wahrnehmung eines Nichtgeschehens hinzugedachte Gedanke, daß hier in bestimmter Weise gehandelt werden s o l l t e,[11]) der zu der Vorstellung führt, daß hier im

---

9) Somlô, Juristische Grundlehre 2. Aufl. 1923, S. 180.

10) Schoetensack, Die Arten der Rechtssätze, Ger. S. 83 S. 3. — Es wäre mit einem Handeln, das ein Rechtssatz gebietet, dem jedoch die Menschen in jedem Fall notwendig folgen, so wie Kant von dem göttlichen Wollen im Hinblick auf die Moralgesetze sagt: „Das Sollen ist hier am unrechten Ort, weil das Wollen schon von selbst mit dem Gesetz notwendig einstimmig ist.“ Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, II. Abschnitt.

11) Der hier vertretenen Lehre, daß die Rechtsordnung eine Summe von Sollenssätzen sei, ist widersprochen und, so von Kornfeld (Soziale Machtverhältnisse, Grundzüge einer allgemeinen Lehre vom positiven Rechte auf soziologischer Grundlage, 1911, S. 32, 57, 59) behauptet worden, daß die Rechtssätze allerdings etwas Seiendes ausdrückten, Regeln, das Wort in seiner Seinsbedeutung genommen, seien und also nicht forderten, wie die Menschen sich verhalten sollen, sondern darüber aussagten, wie sie sich tatsächlich, — in der Regel —, verhalten. Nun ist zwar richtig, daß die Menschen sich meistens dem Rechte gemäß verhalten und daß etwa der Regel des § 433 BGB., wonach der Käufer den Kaufkreis bezahlen muß, die Tatsache entspricht, daß die Leute, wenn sie etwas gekauft haben, es auch meistens bezahlen. Aber es läßt sich doch nicht verkennen, daß sie dies tun, weil sie sich dazu verpflichtet wissen, weil jeder Rechtsuntertan weiß, daß die Rechtsordnung solches von ihm verlangt, nicht aber, weil es üblich ist. Aus Kornfelds Anschauung folgt der absurde Satz, daß die Übertretung eines neuen Gesetzes noch keine Rechtsverletzung ist, und ferner, daß einem langen beobachteten Verhalten der Volksgenossen um der langen Übung des Brauches willen ein Rechtssatz entspricht, was durch den Hinweis auf die Regeln der Sitte leicht zu widerlegen ist. Kornfeld verkennt denn auch nicht, daß bei den Rechtssätzen ein Sollen vorhanden ist, aber er führt es auf die in jeder Rechtsregel enthaltene ethische Anforderung, sich der Regel anzuschließen, zurück. Aber abgesehen von dem auf S. 62 gegen Radbruch zu erörternden Einwand gegen die Annahme, daß jeder Rechtssatz moralisch zu seiner Befolgung verpflichtet, liegt hier der Einwand nahe, daß vom soziologischen Standpunkt aus auch die Moral, weil sich die Menschen,

Rechtssinne gehandelt, nämlich „zuwidergehandelt" worden ist, wodurch im Lichte unserer Rechtsvorstellungen der von dem Handlungspflichtigen nicht beeinflußte, also in naturwissenschaftlichem Sinne normale Verlauf der Dinge zu einem anormalen, das Beharren des Geschehens in seiner Richtung zu einer Abweichung, die Nichtveränderung zu einer Veränderung wird.

Wie schon bemerkt, läßt sich der grammatischen Form der Rechtssätze der normative Inhalt heute nicht mehr ansehen. Ihr Forderungsgehalt pflegt vom Gesetzgeber nur in den Anfängen einer Rechtsentwicklung grammatisch zum Ausdruck gebracht zu werden. „Du sollst nicht töten" heißt es im Dekalog, „Si pater ter venumdedit, filius a patre liber esto," in den Zwölf Tafeln.[12]) Indessen sind die normativen Vorstellungen nicht an die imperativische Form gebunden; mag diese

---

jedenfals in ihren elementaren Forderungen nach ihr in der Regel richten, eine Summe von Regeln ist, die über ein bestimmtes tatsächliches Verhalten der Menschen aussagen, also kein Sollen enthalten. Kornfeld hat, wie diese Erwägung zeigt, übersehen, „daß, wenn auch gewisse Rechtsnormen oft nur dasjenige fordern, was seit Menschengedenken geübt wurde, es doch zwei streng zu scheidende Gesichtspunkte sind, ob etwas tatsächlich geübt wird oder ob diese Übung gefordert ist (Somló S. 108) und daß befolgte Normen nichtsdestoweniger Normen bleiben.

Nun kann freilich die Sollensnatur der Rechtssätze ohne weiteres zugegeben, aber der rein normative Charakter des Verbrechens mit der Behauptung bestritten werden, daß er eine sozialschädliche oder -gefährliche Handlung sei. Daß sich das Verbrechen regelmäßig auch als ein antisoziales Verhalten charakterisieren läßt, das ist Merkel, der als der bedeutendste Vertreter dieser Auffassung zu nennen ist (Merkel-Liepmann S. 5), ohne weiteres zuzugeben. Aber erstens läßt sich mit dieser Charakterisierung deshalb nichts anfangen, weil vom soziologischen Standpunkt aus der gemeingefährliche Geisteskranke der größte Verbrecher ist. Zweitens ist jener Auffassung Folgendes entgegenzuhalten. Wäre das Verbrechen im Rechtssinne als sozialschädliche Handlung zu definieren, so bedürfte es, wenn vielleicht auch nicht für die einzelnen Verbrechensfälle, so doch mindestens für den abstrakten Verbrechenstatbestand stets der Prüfung, ob die von ihm umschriebene Handlung in der Tat eine sozialschädliche ist. Aber „Es fehlt in der Rechtsgeschichte nicht an zahlreichen unnützen, ja an der Rechtsordnung schädlichen, weil der Gerechtigkeit in der Behandlung der Untertanen widersprechenden oder durch und durch kulturfeindlichen Ver- und Geboten. Daneben steht eine größere Anzahl zweifelhaften Wertes. Darüber herrscht auch ganz allgemeines Einverständnis. Niemand hat jedoch gewagt, die Rechtsverbindlichkeit solcher — darf ich einmal sagen — rechtsunvernünftiger und kulturfeindlicher Normen zu leugnen" (Binding, Normen II S. 156). Nur dies ist richtig, daß soziologische Erwägungen den Gesetzgeber darüber belehren, was von Rechts wegen ein Verbrechen sein s o l l t e (Binding a. a. O. S. 153 Anm. 32). Wer also sozialschädliche Handlungen Verbrechen nennt, der verwechselt, wie Beling (Lehre v. Verbrechen S. 32) treffend bemerkt, „handgreiflich das Ideal der Gesetzgebung mit dem Wesen der gesetzgeberischen Produkte."

12) vgl. ferner die Zusammenstellung bei Binding, Normen I S. 144—248.

ihrem Wesen auch am meisten entsprechen, unerläßlich ist sie nicht. Der grammatische Satz: „Du wirst das nicht tun" kann sowohl die Seinsbedeutung haben, nach welcher über das zukünftige Eintreten einer Tatsache etwas ausgesagt wird, oder er kann auch die Sollensbedeutung haben: „Tu das nicht" (Somlò a. a. O. S. 180/1). Im Munde des Gesetzgebers bedeutet der Indikativ stest ein Sollen, eine Norm, — sonst ist der von ihm ausgesprochene Satz kein Rechtssatz —,[13]) und zur Darstellung eines komplizierten Normeninhaltes ist er die allein geeignete Ausdrucksform. Der Satz: Durch den Kaufvertrag wird der Käufer verpflichtet, die Sache dem Käufer zu übergeben und ihm das Eigentum daran zu verschaffen, bedeutet deshalb ebenso, daß etwas sein soll, wie etwa der Satz: Das Mietverhältnis endigt mit dem Ablauf der Zeit, für die es abgeschlossen ist.[14]) [15])

---

13) Somlò, S. 183: „Eine mathematische Formel, wenn sie auch in einem Gesetzbuch stünde, würde dadurch nicht zu einer Rechtsnorm. Die Ehrung des Andenkens eines großen Mannes, wenn sie auch seitens der Rechtsmacht und in der gewöhnlichen Gesetzesform geschieht, schafft noch keinen Rechtssatz."

14) Jhering, Geist des römischen Rechts, Bd. II S. 341 zit. bei Somlò: „Ob das imperativische im Ausdruck selbst liegt, ist gleichgültig, es liegt in der Sache, in dem Gedanken; in dem Munde des Gesetzgebers hat das „Ist" die Bedeutung des „Seinsollens" (z. B. die Klage ist verjährt — soll verjährt sein)."

15) Gegen den im Text ausgesprochenen Satz, daß alle Rechtssätze Normen sind, wendet sich Binding, der von der eigentümlichen Farbenblindheit derer spricht, die in jedem Rechtssatze eine Norm erblicken (Normen I S. 15) und von der Methode Thons und Bierlings, unter deren Händen, wie die Leiber der Inquisition unter der Folter, die Rechtssätze gepreßt werden, bis die Mißhandelten eingestehen, alle seien sie Imperative (Normen I S. 102). Normen sind nach Binding nur diejenigen Rechtssätze, deren prinzipale Aufgabe Begründung einer Gehorsamspflicht ist und auf der Seite des Befehlenden das korrespondierende Gehorsamsrecht schaffen; es stehen ihnen gegenüber die gewährenden Rechtssätze, die ausschließlich oder an erster Stelle berechtigen wollen (Normen I S. 108). Ebenso unterscheidet Schoetensack (a. a. O. S. 5/6) Normen und Gewährungen und betont (S. 7); es läge kein Imperativ in der Bestimmung: „Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit seiner Geburt", der sogenannte Gesetzesbefehl sei nichts weiter als die solenne Willenserklärung, ein bestimmter Rechtsgedanke solle künftighin Rechtssatz sein. Die Abweichung dieser von der im Text vertretenen Ansicht ist vielleicht nur eine terminologische. Denn wie der Verfasser, so geht Schoetensack davon aus, daß die Rechtssätze keine Erkenntnisurteile sind. So sagt er nach einem Rückblick auf die Geschichte des Gesetzesbegriffes (S. 2): „Mit der kritischen Besinnung der erklärenden Naturwissenschaft auf ihre Aufgabe und ihr Objekt geriet aber der überkommene Gesetzesbegriff völlig in Fluß und erlebte, je tiefer das Senkblei methodischer Kritik hinabreichte, eine umso schärfer zu Tage tretende Wandlung. Jetzt klaffte der Gesetzesbegriff in zwei grundverschiedene, ihm keineswegs bloß als Spezies unterfallende Begriffe auseinander: Gesetz der normativen und der genetischen Wissenschaften, der Normen und Naturgesetze, dieses

Am wenigsten tritt grammatisch der Sollenscharakter des Rechts dort hervor, wo unsere Rechtsvorstellungen ihn im höchsten Maße tragen, nämlich in den Strafgesetzen der neueren Strafgesetzbücher. In den Strafgesetzen verbietet das Recht unter Androhung öffentlicher Strafen sozialschädliche oder -gefährliche Handlungen oder gebietet eine bestimmte Handlung, und es wird so die Handlung oder Unterlassung nur dadurch zur Rechtswirklichkeit, zur Handlung im Rechtssinne, daß sie Zuwiderhandlung wird. Schlagen wir das Strafgesetzbuch auf, so finden wir: Wer eine fremde bewegliche Sache einem andern in der Absicht wegnimmt, dieselbe sich rechtswidrig zuzueignen, wird wegen Diebstahls mit Gefängnis bestraft. Wir finden also dem grammatischen Ausdruck nach nur die hypothetische Aussage: Wer stiehlt, wird mit Gefängnis bestraft. nicht aber eine dem fünften Gebot entsprechende Norm, und es scheint demnach, als ob das Stehlen garnicht verboten wäre, vielmehr der Gesetzgeber den Gesetzesuntertanen die Wahl ließe, nicht zu stehlen und straflos zu bleiben oder aber zu stehlen, dann aber Strafe zu erleiden. Nun zweifelt aber niemand, daß der Gesetzgeber durchaus keine Wahl lassen will,

---

Anwendungsfall des Kausalitätsgesetzes — jenes Normen, die ein bestimmtes Geschehen postulieren, ein Soll ausdrücken, Beurteilungsmaßstäbe darstellen. Hier aus reinem theoretischen Interesse aufgestellte, der urteilenden Vernunft angehörende, eine bestimmte Notwendigkeit ausdrückende Naturgesetze, die eine Übertretung so wenig kennen wie eine Aufhebung, dort Normen, die ihrem Wesen nach übertreten werden können." Aus dem Gesagten scheint mir zu folgen, daß Schoetensack bezüglich aller Rechtssätze leugnet, daß sie Erkenntnisurteile seien, und annimmt, — ein Drittes ist ja auch nicht gegeben —, daß sie sämtlich vielmehr ein Sollen ausdrücken, Bestandteile einer idealen, eben der Rechtsordnung sind, nach der wir uns richten und der entsprechend wir eine Ordnung in der wirklichen Welt aufrichten s o l l e n. Meiner Ansicht nach ist es möglich und zweckmäßig, alle Rechtssätze, da sie alle i m V e r h ä l t n i s z u d e n N a t u r g e s e t z e n! Sollenssätze sind, um dessentwillen Normen zu nennen. Diese Terminologie bedeutet noch keineswegs die Annahme der von Binding perhorrescierten Imperativtheorie, wie schon das Beispiel Kelsens zeigt, der, einer der schärfsten Gegner der Imperativtheorie, nicht eindringlich genug den normativen Charakter aller Rechtssätze betonen kann. Auch der Verfasser folgt durchaus der Binding'schen Lehre, daß wir zwischen solchen Rechtssätzen zu unterscheiden haben, die ein bestimmtes Handeln oder Lassen anbefehlen, und solchen, wie etwa der § 985 BGB., die hauptsächlich oder ausschließlich berechtigen. Zweifellos ist es nicht angemessen, das Eigentum als eine Summe von an die Nichteigentümer gerichteten Verboten aufzufassen. Andrerseits bleibt der § 985 BGB. eine an Eigentümer und Nichteigentümer sowie an die Richter gerichteter Sollenssatz. Er ist Bestandteil einer Rechtsordnung, die durch ihn eine Ordnung der Dinge aufrichten will, in der unter bestimmten Voraussetzungen Menschen mit Sachen s o l l e n verfahren dürfen, wie es ihnen gut scheint. Darum ist auch er „als eine bestimmte, einem Gebiet von Tatsachen entgegengebrachte Forderung" (Wundt, Ethik II, S. 539) eine Norm.

sondern daß das Stehlen verboten ist und nur das kann zweifelhaft sein, wie diese Annahme sich angesichts des Gesetzeswortlautes rechtfertigen läßt. Binding hat zu diesem Zwecke seine Normentheorie aufgestellt. Danach hat der Gesetzgeber im Strafgesetzbuch nur Rechtssätze gesetzt, welche das Strafrechtsverhältnis zwischen dem Strafberechtigten, dem Staat, und dem Verbrecher regeln (Normen 1 S. 20). Die Gebote und Verbote dagegen, die jenen die Straffolgen regelnden Rechtssätzen „begrifflich und regelmäßig auch zeitlich vorausgehen" (a. a. O. S. 4), hat der Gesetzgeber nach Binding nicht gesetzt, das heißt, — nach den hierzu in § 23 der Normen Bd. 1 gemachten Ausführungen —: Diese „Normen" sind zwar erklärt, — denn nicht erklärtes Recht gibt es nicht (S. 155) —, aber sie sind nicht ausdrücklich erklärt, sondern durch konkludente Handlung, nicht i n den Strafgesetzen, sondern durch die Strafgesetze. Sie sind aus den Strafgesetzen zu erschließen, aber — weil nicht formuliert, nicht durch die Sprache, sondern durch den Erlaß von Gesetzen konkludent erklärt —, selbst nicht Gesetze, sondern eine Art des ungesetzten Rechts, wie die beiden andern Arten des ungesetzten Rechts, des Gewohnheitsrechts und der Analogie, durch die nach Binding nicht eine Lücke der Rechtsordnung ausgefüllt, sondern nur erkannt wird, daß der Gesetzgeber durch den einen Rechtssatz stillschweigend einen andern erklärt hat, der nun als selbständiger ungesetzter Rechtssatz neben dem Gesetz steht und angewandt wird. Die Gebote und Verbote stehen deshalb den Strafgesetzen völlig selbständig gegenüber, sie können sie überdauern und mit neuen Strafgesetzen verbunden werden (S. 167 ff., beispielsweise, wenn, wie heute beabsichtigt, an die Setlle des alten Strafgesetzbuchs ein neues tritt), ebenso kann die Norm außer Kraft treten, jedoch das Strafgesetz in Kraft bleiben (S. 185). Ferner sind Norm und Strafgesetz ihrem Zweck nach verschieden, — die Norm wirkt präventiv, das Strafgesetz vergilt —, und in vielen Fällen auch der Zahl nach, sei es, daß der einen Norm mehrere Strafgesetze (S. 190 ff., Beispiel: §§ 211, 212, 213 StGB.), sei es, daß dem einen Strafgesetz mehrere Normen gegenüberstehen (S. 209 ff. Beispiel: § 326 II).

Eine eingehende Auseinandersetzung mit der Normenlehre ist hier nicht möglich. Sie ist jedenfalls schon deshalb abzulehnen, weil der Grundgedanke nicht richtig ist. Binding überschätzt die Bedeutung der grammatischen Form, wenn er annimmt, es sei das Verbot des Stehlens nicht i n dem § 242 StGB. enthalten. Wenn man eine ausdrückliche Erklärung nur die nennen will, bei der die Vorstellungen des Erklärenden sich mit den Vorstellungen, welche durch die gebrauchten Worte

ausgedrückt werden, decken, eine konkludente dagegen die, bei der die beabsichtigte Gedankenübermittlung erst dadurch zustande kommt, daß die in den Worten ausgedrückten Vorstellungen andere Vorstellungen nach sich ziehen, so erklärt allerdings der Gesetzgeber in den meisten Strafgesetzen seine Verbote und Gebote konkludent. Aber dieser Unterschied ist gerade hier von gar keiner Bedeutung. Denn mit derselben Sicherheit, mit der durch das Wort „Pferd" die Vorstellung eines Pferdes in dem Angeredeten hervorgerufen wird, mit derselben Sicherheit assoziiert sich der Vorstellung, daß eine Handlung vom Staate mit Strafe bedroht ist, die andere Vorstellung, daß sie verboten ist. Weil aber diese Assoziation ganz gewiß ist, ja weil durch die Erklärung, daß diese oder jene Handlung mit Kriminalstrafe bedroht sei, die Vorstellung ihres Verbotenseins ganz besonders intensiv auftaucht, so muß eingeräumt werden, daß der Gesetzgeber durch die Schilderung einer Handlung mit daran geknüpfter Strafandrohung für den Fall ihrer Vornahme das Verbot ihrer Begehung ausdrücklich und zwar ganz besonders deutlich und eindringlich erklärt. Zutreffend sagt daher Heinrich Maier: „In den Strafandrohungen liegt auch formal das Moment, dessen es bedarf, um die in den Tatbeständen charakterisierten Handlungen als verboten erscheinen zu lassen.. Indem der Gesetzgeber gewissen Handlungen und Unterlassungen mit Strafe bedroht, gibt er so unzweideutig wie möglich kund, daß er sie nicht wolle, also verbiete . . . Die Strafandrohung ist eine durchaus einwandfreie, weil völlig zweckentsprechende Form der Kundgebung des Verbots . . . Sie (scil. die Strafandrohungen) erzeugen das, was wir die kognitiven Gebotvorstellungen der Adressaten zu nennen haben. In dem Angeredeten solche Vorstellungen hervorzurufen, ist aber der nächste Zweck aller Gebote. So ergibt sich, daß in den Strafandrohungen das Verbot regelrecht und eigentlich kundgegeben wird, daß also die Strafgesetze in aller Form die kriminelle Form enthalten." (a. a. O. S. 696/7). Es ist also Binding nur einzuräumen, was als selbstverständlich gelten darf und oft genug hervorgehoben worden ist, daß nämlich in dem einen grammatischen Satz zwei Rechtssätze, nach dem hier befolgten Sprachgebrauch zwei Normen [16]) enthalten sind.

---

16) Heinrich Maier sieht, ganz wie Binding nur in dem verbietenden Rechtssatz eine Norm, einen Sollenssatz; den die Strafdrohung enthaltenden Rechtssatz hält er für eine „Aussageankündigung", „ein hypothetisches Zukunftsurteil über das, was der Gesetzgeber unter gewissen Umständen tun wird" (S. 700). Damit widerspricht er dem Grundgedanken seiner Ansicht über die Natur des Rechts. Wie schon in der Anmerkung auf S. 27 angedeutet, folgt aus dem Grundgedanken seiner Lehre, daß alle

Dagegen kann keine Rede davon sein, daß sie als ungesetztes Recht zu betrachten und auf eine Stufe mit dem Gewohnheitsrecht zu stellen sind, noch auch kann ihnen irgendeine Selbständigkeit, abgesehen von jener logischen innerhalb des grammatischen Satzes, gegenüber den Strafbestimmungen zuerkannt werden. Denn weil der Gesetzgeber, sich einer, dank der zwischen Strafe und Verbot notwendigen Assoziation möglichen Breviloquenz bedienend, durch die Strafbestimmung das Verbot oder Gebot erklärt, in der einen Norm die andere setzt, darum tritt mangels entgegenstehender ausdrücklicher Bestimmung mit der Strafdrohungsnorm auch die Handlungsnorm außer Kraft, darum entspricht notwendig je einem mit Strafe bedrohten Tatbestand eine Verbots- bezw. eine Gebotsnorm,

---

Rechtssätze Sollenssätze sind. Man vergleiche zunächst den bereits zitierten Satz: „Im emotionalen Denken werden zwar auch Objekte vorgesetllt, zwar keine wirklich seienden . . ., aber doch wirklich seinsollende." Maier scheidet nun, wie dies auch vom Verfasser gerade im Anschluß an ihn und Schoetensack geschehen ist, der Trennung unseres Denkens in urteilendes und emotionales gemäß, die Wissenschaften in Naturwissenschaften und normative Wissenschaften und sagt nun von letzteren (S. 47), worauf auch schon hingewiesen wurde, daß die Ergebnisse normativer Wissenschaften zwar auch in Aussagesätzen sich wiedergeben lassen, allein „Diese Sätze sind eben sekundäre Darstellungsweisen. Man darf sich durch ihre äußere Ähnlichkeit mit Sätzen, in denen sich die Ergebnisse historisch-psychologischer Untersuchungen über das Wesen des Rechts, der Sittlichkeit usw. aussprechen, nicht täuschen lassen. Normative Resultate können nie auf dem Wege historisch-psychologischer Untersuchungen abgeleitet werden." Auf S. 677 ff. weist er die bis auf Heraklit zurückgehende Theorie zurück, wonach die Rechtssätze (die Rechtssätze schlechthin! Maier macht hier keinen Unterschied!) Erkenntnisurteile seien. S. 738 sagt er ganz richtig, die abstrakten Rechtsbegriffe seien Realbegriffe wie die Naturbegriffe, und fährt fort: „Der rechtliche Grundbegriff ist nichts anderes als das Gebotensein gewisser Verhaltungsweisen durch das rechtssetzende Subjekt. Die Reaktion zwischen Tatbeständen und Rechtsfolgen sind ursprünglich gebotene Relationen, und ihr Gebotensein ihre Realität." Das ist alles ganz richtig; nimmt man diese Grundgedanken an, und der Verfasser tut das, dann steht man, wenn man andrerseits Maiers Behauptungen über die Natur der Strafbestimmungen annehmen will, vor der Frage, wie denn ein Satz, der als Aussagesatz bloß wahr sein will, ein Rechtssatz sein könnte, da doch nach Maiers eigner Anschauung das Recht nicht ein Inbegriff von Wahrheiten und der Rechtssatz nicht die Erkenntnis einer dieser Wahrheiten ist (Somlò S. 187 Anm. 1). Man kann darüber streiten, ob die Rechtsordnung als die Summe der sie bildenden Rechtssätze ein Inbegriff von Wahrheiten, von Vernunftaussagen (wie nach naturrechtlicher Anschauung, vgl. Schoetensack a. a. O. S. 3) oder aber, wie hier angenommen wird, ein Inbegriff von Sollenssätzen ist, aber indiskutabel erscheint die Ansicht, und Maiers Ausführungen laufen darauf hinaus, wonach die Rechtssätze teils Sollenssätze, teils — hypothetische — Aussagen über Seinwerdendes sind. Sie sind entweder der Ausdruck von Sollens- oder von Seinsvorstellungen, — tertium non datur. Maiers Ansicht dürfte in diesem Punkte ebenso wie die Lehre Bindings auf einer Überschätzung der grammatischen Form beruhen.

darum ist eine fahrlässige Handlung strafrechtlich unverboten, wenn nur die vorsätzlich begangene mit Strafe bedroht ist. Darum darf man zwar, sofern man den im Strafgesetz erklärten, die Bestrafung regelnden Rechtssatz im Auge hat, sagen, der Verbrecher handle dem Strafgesetz gemäß, aber ebenso darf und muß gesagt werden: Der Verbrecher übertritt das Strafgesetz.[17])

17) Binding lehrt von all dem das Gegenteil mit m. E. nicht überzeugenden Gründen. So weist er zum Beweise der Selbständigkeit der „Normen" darauf hin, daß die Verbote oder Gebote eines bestimmten Verhaltens sehr häufig gesondert von den die Strafdrohungen wider ihre Übertretung enthaltenden Rechtssätzen erklärt werden, ein Verfahren, das der Gesetzgeber besonders in den sog. Nebengesetzen einschlägt. Dieser Hinweis dürfte indessen kein Beweis sein. Denn mögen für diese Fälle immerhin die Behauptungen Bindings von der Selbständigkeit der „Normen" gegenüber den Strafbestimmungen zutreffen, — was man wegen der mit Binding zu behauptenden Verbindlichkeit der lex imperfecta sogar wird annehmen müssen — so läßt sich daraus nichts für den Fall schließen, daß der Gesetzgeber den Verbots- bzw. Gebotssatz nicht in einem besonderen grammatischen Satze erklärt. Denn in einem Fall erklärt der Gesetzgeber den einen Rechtssatz in besonders eindringlicher Weise in dem andern, er gilt deshalb, da alles Recht nur soweit Recht ist, als es erklärt ist, nur in dem Umfang und in der Zeit des andern, der die Form seiner Erklärung ist. In dem andern Falle hängen die beiden Rechtssätze eben nicht auf diese Weise zusammen, und es steht also, immer die Gültigkeit einer sanktionslosen Norm vorausgesetzt, nichts der Möglichkeit entgegen, daß die „Norm" trotz Aufhebung der ihre Befolgung garantierenden Strafbestimmung fortdauert, daß sie in weiterem Umfang gilt als die Strafbestimmung und daß ihrer mehrere der einen Strafbestimmung gegenüberstehen. Binding sagt (Normen I S. 16): „Wenn die Einführungsgesetze unserer neuen Strafgesetzbücher bestimmen, daß von einem bestimmten Tage an das bisherige Strafrecht, insoweit dasselbe Materien betrifft, welche Gegenstand des neuen Strafgesetzbuchs sind, außer Kraft tritt, so liegt darin weder eine Aufhebung noch eine Bestätigung der bisherigen Normen." Aber das Gegenteil dieser Behauptung ist richtig. Der Schein der Richtigkeit, den sie bei der oberflächlichen Betrachtung an sich hat und der sie Binding als Argument für seine Ansicht erscheinen läßt, rührt daher, daß die durch die Strafgesetze verbotenen Handlungen trotz Aufhebung der strafrechtlichen Verbote von uns gleichwohl weiter als verbotene vorgestellt werden, was wiederum seinen Grund darin hat, daß diese Handlungen im Licht außerstrafrechtlicher Rechtssätze und vor allem im Lichte moralischer Vorstellungen als verbotene erscheinen. Wem gleichwohl der Gedanke, daß mit der Aufhebung der Strafdrohungen die durch sie erklärten Verbote aufgehoben werden und also möglicherweise, wenn nämlich nicht durch entsprechend gefaßte Einführungsgesetze die Kontinuität zwischen dem Rechte des alten und dem des neuen Strafgesetzbuchs hergestellt wird, die größten Verbrechen eine Zeitlang unverboten bleiben, ungeheuerlich vorkommt, ist die Bemerkung Kelsens entgegenzuhalten (a. a. O. S. 295), daß die Vorstellung, der Staat wolle z. B. einen Augenblick lang die Tötung nicht bestrafen, nicht weniger unerträglich sein kann als die Vorstellung, er wolle sie während einer kurzen Zeitspanne nicht verbieten. Kelsen hat m. E. auch sonst viel Zutreffendes gegen Bindings Lehre von der Selbständigkeit der strafrechtlichen Verbote vorgebracht. So weist Binding daraufhin, was ihm als ein weiteres

Wenn somit Binding in wesentlichen Punkten seiner Lehre die Gefolgschaft versagt werden mußte, insbesondere insofern, als er das Verbrechen in der Übertretung eines neben dem Strafgesetz stehenden Rechtssatzes findet, so ist ihm andrerseits in dem Grundgedanken und darin mit äußerster, über ihn hinausgehender Konsequenz zu folgen, daß wir das Verbrechen im Rechtssinne in nichts anderem als in der Übertretung eines Gesetzes zu sehen haben. Das heißt aber, wie be-

---

Argument erscheint, Norm und Strafbestimmung könnten von verschiedenen Autoritäten ausgehen, das sei bei den von ihm mit einem heute eingebürgerten Ausdruck als Blankettstrafgesetze bezeichneten Rechtssätze der Fall (Normen I S. 83/4). Wenn wir beispielsweise den § 366 StGB. aufschlagen und in Z. 10 lesen: „Mit Geldstrafe oder mit Haft bis zu vierzehn Tagen wird bestraft . . . wer die zur Erhaltung der Sicherheit . . . auf den öffentlichen Wegen, Straßen . . usw. . . erlassenen Polizeiverordnungen übertritt", so scheint allerdings Urheber des Verbots, in dem Orte X schneller als 30 km. zu fahren, die Polizeibehörde in X, das Reich dagegen nur der Urheber des Strafgesetzes zu sein. Diese Zweiheit der Gesetzgeber ist jedoch nur eine scheinbare. Kelsen weist zutreffend darauf hin, daß die Verordnung, die auf Grund des Blankettstrafgesetzes ergeht, an und für sich als ein Akt der Verwaltung, der als solcher keine Rechtspflichten statuiert, bedeutungslos wäre. M. a. W.: Sie schafft an und für sich keine Verbote oder Gebote, keine „Normen"; diese sind vielmehr auch hier durch die Strafbestimmung erklärt, nur bleibt ihre nähere Fixierung der Verwaltungsbehörde überlassen, sowie nach dem Strafgesetzbuch die Festsetzung des Strafmaßes dem Richter überlassen ist (Kelsen S. 288/9). Was Binding ferner für seine Behauptung vorbringt, daß der einen Norm eine Mehrheit von Strafgesetzen und umgekehrt einer Mehrheit von Normen nur eine Strafdrohungsnorm gegenüberstehen kann, auch in dem Falle, wo der Gesetzgeber das Verbot durch die Strafdrohung erklärt, kann ebenfalls nicht als beweisend angesehen werden. Es ist nicht einzusehen, warum durch die in den §§ 211—217 StGB. erklärten Strafdrohungen nicht ebensoviele Verbote gesetzt sein sollen und warum andererseits das Strafgesetz betreffend den Raub zwei Verbote enthalten soll und nicht nur das Verbot einer besonderen Handlungsweise. Das im Text entwickelte Verhältnis zwischen Verbot und Strafdrohung läßt diese Möglichkeit nicht nur nicht zu, sondern es folgt aus ihr mit Notwendigkeit, daß jeder Strafdrohung mit ihrem Tatbestand ein Verbot, diesen Tatbestand zu verwirklichen, entspricht. Was uns geneigt macht, in den §§ 211—217 sieben Strafdrohungen und nur ein Verbot zu sehen, sind Gesichtspunkte, die bei der Frage nach der Zahl der vom Gesetzgeber gesetzten Verbote völlig auszuscheiden haben, und zwar sind es einmal der Gedanke an das fünfte Gebot, in dessen Formulierung wir eine grundlegende Forderung der Moral denken, und ferner, worauf Kelsen (S. 297) hinweist, der Gedanke an den gemeinsamen oberen Zweck, den der Gesetzgeber durch die Setzung jener sieben Normen zu erreichen trachtet und der im Schutze des menschlichen Lebens besteht. Erst von dem hier vertretenen Standpunkt aus, wonach der Gesetzgeber bei der Schaffung von Normen ganz freigestellt ist und deshalb insbesondere aus dem, was dem Volksbewußtsein als ein Verbot gilt, eine große Anzahl von Normen zu schaffen vermag, erst von diesem Standpunkt aus gewinnt die im Folgenden noch zu verwertende Bemerkung Bindings, daß der Gesetzgeber die Verbrechen schaffe, rechte Bedeutung.

reits ausgeführt worden ist: Der Verbrecher vollbringt keine sich in der Sinnenwelt von anderem menschlichen Verhalten unterscheidende abnorme Handlung, er bewirkt nicht eine Abweichung von der realen Ordnung, in der unser Erkenntnisvermögen den Ablauf des wirklichen Geschehens erfaßt, sondern er verstößt gegen eine ideale, nur in unseren Köpfen steckende Ordnung, seine Taten werden erst in unseren Augen zu Verbrechen, weil sie in unserem Bewußtsein auf Grund eines bestimmten Inhalts von Sollensvorstellungen die Vorstellung hervorrufen, daß sie dieses oder jenes Verbot oder Gebot verletzen. Für unser Problem, ob eine Handlung eine Mehrheit von Verbrechen enthalten kann, folgt daraus im Zusammenhang mit dem früher Gesagten dies: Da das konkrete Verbrechen ganz wie das konkrete Rechtsgeschäft (vgl. das Beispiel der Kündigung) nicht mit dem konkreten Tatbestand im Sinne der realen Begebenheit identisch, sondern nur eine Vorstellung ist, die sich bei Wahrnehmung einer realen Besonderheit und ihrem Vergleich mit den Forderungen einer von uns vorgestellten Ordnung einstellt, so kann, wie bei den Rechtsgeschäften, für die Einheit des Verbrechens nicht die Wahrnehmung einer Einheit in der Realität maßgebend sein, sondern sie kann sich nur aus dem Inhalt unserer normativen Vorstellungen bestimmen. Die eine reale Handlung kann demnach mehrere Verbrechen enthalten aus denselben Gründen, aus denen eine Handlung mehrere Rechtsgeschäfte enthalten kann, und enthält sie, da das Verbrechen die einmalige Übertretung eines Strafgesetzes ist, dann, wenn durch die Handlung der Verbrecher mehrere Gesetze verletzt.

§ 4:

Recht und Sittlichkeit.
Verbrechen im Sinne des Rechts und der Moral.

Der Satz von dem Verbrechen als der Verletzung eines Strafgesetzes bedarf noch einer weiteren Begründung. Es ist bisher lediglich zu zeigen versucht worden, daß Recht und Unrecht nichts Wirkliches und daß Rechtsgeschäfte wie Verbrechen lediglich Vorstellungen sind, die in einen bestimmten Ausschnitt des Geschehens, nämlich in ein menschliches Verhalten hineingedacht werden. M. a. W.: Es ist, — wenn es erlaubt ist, den Lehrsatz eines Philosophen, im Sinne dieser Darstellung umgeformt, auszusprechen, — die These zu beweisen versucht worden: Das Verbrechen ist meine Vorstellung. Daraus folgt jedoch noch nicht, daß das Verbrechen identisch sein müsse mit der Verletzung eines Strafgesetzes. Diese zuletzt aufgestellte Behauptung geht von der stillschweigenden Voraussetzung aus, daß eine Handlung erst in dem Augenblick als Verbrechen gedacht werde, da der Gesetzgeber sie in einem Strafgesetz verbietet, daß also erst der Strafgesetzgeber die Verbrechen schafft, die der Verbrecher in concreto begeht (Binding Normen I. S. 133). Nun scheint aber prima facie nichts richtiger als ihr Gegenteil, daß nämlich die Verbrechen, gesetzt auch, sie existierten nur in unseren Köpfen, darinnen ganz unabhängig von dem Walten eines Gesetzgebers bestünden, da doch beispielsweise der Mord, der Diebstahl und andere Verbrechen ihren verbrecherischen Charakter in unseren Augen auch dann behalten, wenn wir uns vorstellen, daß die sie angeblich schaffenden Strafgesetze aufgehoben oder daß sie in Gebieten und von Menschen begangen wären, auf die keine der zur Zeit in der Welt geltenden Strafrechtsordnungen angewandt werden könnte. Woraus weiter folgt, daß der Gesetzgeber offenbar die Verbrechen nicht schafft, sondern nur unter staatliche Strafe stellt. Diese Erwägungen dürften nicht wenig dazu beigetragen haben, der Lisztschen Ansicht Anhänger zu werben. Es läßt sich nämlich nicht verkennen, daß wir nur mit Rücksicht auf die Mehrzahl der verletzten Strafgesetze etwa in der Vergewaltigung der verheirateten Schwester eine Mehrzahl von Verbrechen sehen, daß es uns dagegen als e i n, wenngleich besonders schweres Verbrechen erscheint, wenn wir uns die Existenz des Strafgesetzbuchs und anderer formulierter Normen, insbesondere der Zehn Gebote, wegdenken. Denn die Rechtsnormen sind nur ein Teil der Normen,

nach denen wir die Wirklichkeit beurteilen. Ihnen stehen vor allem die Normen der Moral gegenüber. Hinsichtlich ihrer Substrate besteht zwischen beiden Normenkategorien weitgehende, und insbesondere zwischen den Normen des Strafrechts und denen der Sittlichkeit fast vollständige Gleichheit, freilich nur so, daß jedem strafrechtlichen Verbot oder Gebot eine Norm der Sittlichkeit entspricht, während erstens der Kreis dessen, was die Sittlichkeit fordert oder verbietet, größer ist und ferner das Sittengesetz in jedem Fall insofern über das ihm entsprechende Rechtsgebot hinausgeht, als es Befolgung um seiner selbst willen verlangt, sodaß nach dem Bilde nahezu konzentrischer Kreise zwischen dem Rechte, soweit es Strafrecht ist [1]), und der Sittlichkeit eine Übereinstimmung besteht nach dem Satz Jellineks von dem Rechte als dem ethischen Minimum [2]). Aber trotz dieser Übereinstimmung muß die Frage nach der Verbrechensmehrheit bei Handlungseinheit sich für die rechtliche und für die ethische Betrachtung verschieden beantworten, weil zwischen Rechtsnorm und Sittengesetz ein Unterschied obwaltet, der für sich allein hinreicht, um zwischen beiden die Grenze aufs Deutlichste zu ziehen und so die bekannte Klage Jherings, es sei das umstrittene Verhältnis von Recht und Moral das Kap Horn der Rechtsphilosophie, unbegründet erscheinen läßt. Denn ohne daß eine Definition des Rechts gegeben werden muß, zu dessen Begriff die Juristen noch heute, wie zu Kants Zeiten, die Definition vergeblich suchen [3]), läßt sich dies als die heute herrschende, den im Übrigen mannigfaltigen Ansichten der Rechtslehrer gemeinsame Anschauung vom Rechte sagen, daß seine Normen Willensnormen sind, in denen dem einzelnen Rechtsuntertan der erklärte Wille

---

1) Für das außerstrafrechtliche Recht trifft das nicht zu. Denn hier finden sich eine Unzahl von Normen, denen eine Norm der Moral nicht entspricht. Man denke an viele Polizeivorschriften und beispielsweise an die militärische Grußpflicht, in der ein Gebot der Sitte zum Rechtssatz erhoben ist.

2) Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, 1908, S. 45.

3) Hierbei sei darauf hingewiesen, worauf auch Somlò (a. a. O. S. 53 Anm. 2) aufmerksam macht und was öfter verkannt worden ist, daß der Satz Kants: „Noch suchen die Juristen eine Definition zu ihrem Begriffe vom Recht“ (Kritik der reinen Vernunft, Transcendentale Methodenlehre, des ersten Hauptstücks erster Abschnitt 1a Anm.) nicht ironisch gemeint, kein „Spottwort“ (so Radbruch, Grundzüge S. 30) ist; denn wie man sich durch Lesen der ganzen Anmerkung und des betreffenden Unterabschnitts, der von den Definitionen handelt, leicht überzeugen wird, will Kant mit diesem Hinweis nur ein Beispiel dafür geben, daß man auch ohne seine Definition in dem Bereich eines Begriffes zu guten Ergebnissen gelangen kann und daß Definitionen nur in der Mathematik „ad esse“, in der Philosophie dagegen nur „ad melius esse“ gehören.

einer äußeren Autorität entgegentritt [4]). Das Sollen der Rechtsnormen gründet sich demnach auf ein Wollen. Für die Normen der Sittlichkeit ist hingegen begriffswesentlich, daß sie sich nicht auf einen Willen, weder auf einen fremden noch auf den eigenen des Normadressaten, der nur eine Maxime, eine willkürliche Lebensregel wäre, zurückführen lassen. Die Normen der Sittlichkeit sind vielmehr eine im Gefühl begründete „Erkenntnis dessen, was Gut und Böse ist" und beruhen letzten Endes auf Gefühlen der Billigung und Mißbilligung, die fest in unserer geistigen Beschaffenheit wurzeln [5]). Sie sind deshalb von eigenem und fremdem Wollen so unabhängig, wie es die Tatsache ist, daß ein Gegenstand von uns als heiß oder kalt empfunden wird. Nennt man um dieses Wesens willen, nicht gewollt, sondern von dem Einzelnen erkannt zu sein, die Normen der Sittlichkeit autonom, was zwar dem Sprachgebrauch, aber weder dem strengen Wortsinn [6]) noch dem Kantischen Begriffe der Autonomie entspricht [7]), so gelangen wir zu der

4) Die nähere Bestimmung dieser Autorität verlangt selbstverständlich die Definition des Rechts. Mir scheint am richtigsten die von Somló gegebene. Danach bedeutet Recht „die Normen einer gewöhnlich befolgten, umfassenden und beständigen höchsten Macht" (S. 105). M. E. Mayer wirft Somlö vor (Rechtsphilosophie 1922 S. 53), daß hiermit die Definitionsform zum Verzicht auf die Begriffsbestimmung gebraucht und „leidlich Bekanntes auf unleidlich Unbekanntes" zurückgeführt werde. Daß diese Definition, aus dem Zusammenhang gerissen, wie notwendigerweise hier, und, aber nicht notwendigerweise, bei M. E. Mayer, nicht recht einleuchtet, ist gewiß richtig, läßt sich aber bei der Schwierigkeit des Gegenstandes nicht vermeiden, vielmehr wird man jedem Rechtsphilosophen hinsichtlich seiner Definition des Rechtsbegriffes zubilligen müssen, was Somló für die seinige verlangt, daß sie nämlich nur im Zusammenhang mit den vorausgeschickten Erwägungen, nicht aber in irgendeinem zufälligen Sinne der sehr weiten Alltagsbedeutungen ihrer Begriffselemente verstanden werden darf, Mayer macht seine Sache sicherlich nicht besser, indem er gleich zwei Definitionen fürs Recht und zwei für die Rechtsnormen gibt.

5) So im Anschluß an Westermarck, Ursprung und Entwicklung der Moralbegriffe 1907 Kap. 1, und im schärfsten Gegensatz zu Kant, Grundlegung zu einer Metaphysik der Sitten, insbesondere 2. Abschnitt.

6) Somló (S. 68) macht zutreffend darauf aufmerksam, daß autonom im Wortsinne eigentlich nur die vom Normadressaten selbst gesetzten Normen, also die von ihm sich selbst gegebenen Lebensregeln sind, denn autonom heißt ja: Selbstgesetzt.

7) Denn nach der hier vertretenen Auffassung, wonach Sittlichkeit eine im Gefühl wurzelnde Erkenntnis ist, ist sittlich auch der Wille dessen, der aus Neigung zu einem sittlichen Lebenswandel sittlich handelt. Das aber wäre nach Kant Heteronomie, weil, wenn etwa einer aus Wahrheitsliebe wahrhaft ist, in diesem Falle, nach Kant, der Wille sich nicht selbst, sondern „das Objekt durch sein Verhältnis zum Willen", „ein fremder Antrieb vermittelst einer auf die Empfänglichkeit desselben gestimmten Natur des Subjekts" dem Willen das Gesetz gibt. Grundlegung z. M. d. S. 2 Abschnitt Ende.

bekannten Unterscheidung, daß die Normen der Sittlichkeit autonom, die des Rechts heteronom sind. Aus dem Charakter der Sittlichkeit als einer im Gefühl wurzelnden Erkenntnis dessen, was wir tun und was wir nicht tun sollen, folgt, daß wir uns zwar bestimmte Normen zurecht machen können, indem wir uns, alle möglichen Einzelheiten wegdenkend, Handlungen vorstellen, von denen wir wissen, daß sie unsere Billigung oder Mißbilligung hervorrufen, und daß wir deshalb sagen können: Es ist verboten, einen Menschen zu töten, zu verletzen usw. Die erhabenste solcher Formulierung sittlicher Erkenntnis stellt, abgesehen von den drei ersten Normen, welche Religionsnormen sind, der Dekalog dar. Aber so nützlich es ist, das sittliche Bewußtsein des Volkes in die Form bestimmter Normen zu gießen und ihm so auf eine besonders eindringliche Weise zu sagen, was es ohnehin schon weiß, so ist doch solche Normierung keine notwendige, wie sich schon daraus ergibt, daß alle sittliche Erkenntnis sich in eine einzige Norm, in einen kategorischen Imperativ zusammendrängen ließ. Deshalb ist auch die Zahl der Verbrechen vom moralischen Standpunkt nicht notwendig mit der Zahl solcher verletzter Normen identisch. Vielmehr bildet, weil die normative Betrachtung der Moral auf Gefühlen der Billigung oder Mißbilligung beruht, welche die Wahrnehmung gewisser menschlicher Handlungen begleiten, ein Geschehen, das für die sinnliche Wahrnehmung eine Einheit bildet, eine Einheit auch für die normative Anschauung. Deshalb erscheint vom sittlichen Standpunkt aus die Vergewaltigung einer Frau unmoralisch, die Handlung erscheint verwerflicher, wenn die Frau überdies verheiratet ist, sie erscheint besonders verdammenswert, wenn diese Frau auch noch die Schwester des Täters ist, immer aber bleibt dieser Geschlechtsverkehr ein Verbrechen, weil es ja nicht die Verletzung dieser oder jener Norm ist, die ihn zum Verbrechen macht, sondern die sittliche Entrüstung, die jene eine natürliche Handlung hervorruft. Hierin liegt der Grund dafür, daß die Liszt'sche Ansicht von der Idealkonkurrenz so natürlich erscheint, denn die „natürliche" Anschauung, d. h. die Anschauung des — juristischen — Laien, wertet die mit Kriminalstrafe bedrohten Delikte hauptsächlich moralisch und führt deshalb, da eben diese Bewertungsweise keinen Grund gibt, die reale Handlung oder Unterlassung normativ als ein Mehrfaches zu sehen, zur Annahme der Verbrechenseinheit im Falle der Idealkonkurrenz. Die Richtigkeit dieser Ausführungen wird deutlich bestätigt durch die Tatsache, daß die natürliche Anschauung bei den Rechtsvorgängen, bei denen die zu Grunde liegende reale Handlung nicht zugleich oder ausschließlich mo-

ralischer, sondern nur einer mehr oder weniger zutreffenden rechtlichen Würdigung unterworfen wird wie bei den Rechtsgeschäften des Privatrechts, etwa der Kündigung, ohne weiteres selbst den einen realen Vorgang um seiner mehrfachen normativen Bedeutung willen als eine Mehrheit von Gegenständen ansieht.

Wenn also dem Richter, der über einen Fall der Idealkonkurrenz zu urteilen hat, zwar zunächst infolge der mit der Wahrnehmung sich sogleich einstellenden moralischen Bewertung sich nicht lediglich ein indifferenter Vorgang, sondern ein Verbrechen, und zwar e i n Verbrechen darbietet, so wird doch andrerseits durch die Besinnung darauf, daß es eben nur die moralische Betrachtung und die beschriebene Eigentümlichkeit ihres normativen Urteilens ist, die aus der einen Realität auch sogleich ein „Verbrechen" macht, klargelegt, daß die Liszt'sche Ansicht offenbar eine Verwechslung von Sittlichkeit und Recht bedeutet oder aber, was freilich, wie später darzulegen ist, auf dasselbe hinausläuft, auf einer Verkennung des Rechts als einer Summe von Willensnormen beruht. Denn sind, wie angenommen werden muß, die Rechtsnormen erklärtes heteronomes Wollen, so ist klar, daß ihre Zahl objektiv feststeht und daß also soviele Verbrechen begangen als strafrechtliche Verbote und Gebote verletzt werden. Von einer Flüssigkeit der Normen gegeneinander, wie es bei den Normen der Moral der Fall ist, kann bei dem ausdrücklich gesetzten Recht, und zu ihm gehören notwendig nach geltendem Recht die Strafgesetze (§ 2 StGB!), keine Rede sein. Hat der Gesetzgeber Blutschande und Ehebruch nicht unter Strafe gestellt, so begeht, die Geltung des Satzes: „Nulla poena, sine lege" vorausgesetzt, der Vater, der mit seiner Tochter geschlechtlich verkehrt, von Rechts wegen so wenig ein Verbrechen, wie es der Ehemann dieser Tochter durch den Beischlaf begeht, da er wohl sich einer unmoralischen Handlung schuldig macht, jedoch kein mit Strafandrohung verknüpftes Rechtsverbot übertritt. So sehr es in diesem Falle an einem Verbrechen im Rechtssinne mangeln würde, so notwendig müssen es ihrer zwei sein, wenn sowohl der Ehebruch als auch die Blutschande unter Strafe gestellt sind, und nur dann kann und muß daraus für den Juristen eines werden, wenn der Gesetzgeber ehebrecherische Blutschande noch besonders verboten hätte, so wie er die zum Zwecke des Diebstahl und mit ihm zusammen begangene Nötigung unter ein besonderes Verbot gestellt hat, sodaß der hiergegen verstoßende Verbrecher notwendig nur das eine Verbrechen des

Raubes begeht [8]). Dieser völligen Abhängigkeit der Verbrechensbegriffe und, wegen ihres rein normativen Charakters, auch der Verbrechensfälle, von dem Walten des Gesetzgebers läßt sich nur auf zwei Wegen ausweichen, entweder durch die Annahme, daß durch sein Strafrecht der Staat die präexistenten moralischen Verbrechen lediglich pönalisiert, oder durch eine Anschauung vom Rechte, die, wenigstens zum Teil, die Willensnatur seiner Normen leugnet und insoweit auf die Überzeugung der Rechtsgenossen zurückführt. Gegen jedwede ethische Auffassung des Strafrechts spricht zunächst, daß sie [9]) das Strafrecht in einen unmöglichen Gegensatz zu andern Rechtsteilen bringt. Denn „die Aufgabe des Rechts ist eine einheitliche, und alle seine Funktionen sind durch dieselben Prinzipien beherrscht. Daß aber die andern Rechtsteile, (man denke an Handels- und Wechselrecht, Pfand- und Konkursrecht) nicht spezifisch moralische Aufgaben zu lösen haben, springt in die Augen." (Merkel a. a. O.). Sodann aber scheitert solche Auffassung an der nicht zu bezweifelnden Tatsache, daß es von Rechts wegen Verbrechen geben kann, die vom moralischen Standpunkt aus keineswegs welche sind. Man nehme an, daß es einer parlamentarisch geschickten Minderheit in Deutschland gelänge, ein strenges Alkoholverbot durchzusetzen. Unzweifelhaft würde ein Verbrechen im Rechtssinne nunmehr schon derjenige begehen, der Sommertags seinen Durst mit einem Glas Bier löschte, aber an und für sich unsittlich wäre diese Handlung nach dem Alkoholverbot so wenig wie vorher. Man kann dem nicht das beliebte Argument entgegenhalten, daß die Handlung durch ihr rechtliches Verbotensein zu einer unsittlichen werde, weil wegen der unbedingten Notwendigkeit einer, wenn auch im einzelnen noch so schlechten, Rechtsordnung gegenüber jedwedem Rechtssatz Gehorsam sittliche Pflicht sei; denn diese höchst zweifelhafte Behauptung einmal zugegeben —, so würde doch in diesem Falle das Biertrinken erst dadurch, daß es zu einer verbotenen, mit Strafe bedrohten Handlung, zu einem Verbrechen im Rechtssinne geworden ist, zu einem sittlichen Vergehen geworden sein. Das juristische Verbrechen wäre das, zumindesten logische, Prius des moralischen. Bedenkt man also, daß einerseits Fälle denkbar sind, in denen um des strafrechtlichen Ver-

8) Finger Lehrbuch S. 372 Anm. 477: „Es kann der Gesetzgeber den Vorgang: Gewaltsame Aufnötigung des Beischlafs seitens des Vaters gegenüber der Tochter als ein Verbrechen blutschänderischer Notzucht betrachten. Ein anderes Gesetz kann in diesem Vorgang drei Verbrechen: Blutschande, Notzucht und Ehebruch erblicken".

9) Merkel-Liepmann; Die Lehre von Verbrechen und Strafe, 1912, S. 13.

bots willen an und für sich durchaus nicht unmoralische Handlungen von der juristischen Betrachtung als regelrechte Verbrechen angesehen werden müssen und daß andrerseits, was keiner Ausführung bedarf, höchst unsittliche Handlungen, — man denke etwa an die sogenannte lesbische Liebe —, nicht strafrechtlich erfaßt und damit für den Juristen in keiner Weise als Verbrechen gelten können, so ist klar, daß das Verbrechen im Rechtssinne nur die Verletzung einer mit Strafdrohung verknüpften Rechtsnorm sein kann und es für seine Existenz begrifflich belanglos ist, ob das Substrat der Rechtsnorm, das körperliche menschliche Verhalten, meistens oder gar immer zugleich auch als moralisches Unrecht gedacht wird. Wenn also das Verbrechen nicht lediglich Übertretung eines in unseren Strafgesetzen ausgesprochenen Verbotes und die Frage, ob in einem menschlichen Verhalten ein oder mehrere Verbrechen zu finden sind, nicht lediglich von dem zufälligen Stand der derzeitigen Gesetzgebung abhängig sein soll, so müßte es den Strafgesetzen präexistente juristische Verbrechen als Verstöße wider ein von menschlicher Satzung unabhängiges und ihm übergeordnetes Recht geben. So falsch diese Annahme ist, so sehr sind wir zu ihr geneigt, und es kostet Überwindung, sich zu ihrer Ablehnung durchzuringen. Denn aus dem hier eingenommenen Standpunkt folgt, daß Handlungen auf deutschem Gebiet dann und um dessentwillen Verbrechen sind, wenn sie Strafgesetzen zuwiderlaufen, die die verfassungsmäßig berufenen, gesetzgebenden Körperschaften, also Reichstag und Reichsrat, erlassen haben. Das bedeutet aber: Recht und Unrecht hängen lediglich davon ab, was eine Mehrheit, und sofern ein Strafgesetz nicht ausnahmsweise verfassungsändernd ist: was eine einfache, vielleicht sehr knapp bemessene und auf Zufall beruhende Mehrheit will, und zudem eine Mehrheit von Menschen, die nicht etwa nach der Forderung Platos die Weisesten sein müssen, sondern abgesehen von dem Besitz der bürgerlichen Ehrenrechte und einem gewissen Alter von Rechts wegen keinerlei Eigenschaften, insbesondere keine Eignung zum Gesetzgeber, zu haben brauchen. Wie die Erfahrung lehrt, ist es denn, — von früheren Rechtszuständen ganz zu schweigen —, auch in modernsten Rechtsstaaten nicht für ausgeschlossen zu halten, daß Strafgesetze nicht zur Verhinderung unsittlichen oder wenigstens von volkswirtschaftlichem Standpunkt aus nicht wünschenswerten Verhaltens, sondern zur Unterdrückung politischer Gegner und ihrer, vielleicht dem Staate sehr förderlichen Absichten erlassen werden. Der allzu menschliche Ursprung des Rechts, den ihm die vertretene Auffassung zuweist und die

sich hieraus ergebenden angedeuteten Folgen lassen gegenüber dem positiven Recht noch nach einem, menschlicher Willkür entzogenen Rechte verlangen, von dem schon Aristoteles spricht, das, durch Jahrhunderte anerkannt, im Zeitalter der Aufklärung der hauptsächlichste Gegenstand der Rechtswissenschaft wurde und als Ausfluß des still waltenden Volksgeistes noch im vorigen Jahrhundert seine Existenz behauptete. Wie sehr solch Verlangen auch heute noch wach ist, dafür seien als besonders deutlicher Ausdruck die Worte eines neueren phlilosophischen Schriftstellers angeführt (Siegfried Behn, Sein und Sollen, 1927 S. 202): „Schon die Definition des Rechts als einer Summe paragraphierter Normen kann niemanden befriedigen. Denn es ist nicht Recht, weil irgendwelche Leute im Staatsauftrag zweckmäßige Normen drucken lassen und deren Befolgung erzwingen . . . Der Rechspositivismus (ohne Orientierung an ewigen Normen, wie er nun einmal ist) sieht kein Hemmnis, rasch und reichlich Gesetze zu erlassen, aufzuheben, zu ändern und zu ersetzen." Vor allem aber ist hier auf die Tatsache hinzuweisen, daß der höchste deutsche Gerichtshof bisweilen positivrechtliche Ausführungen mit naturrechtlichen Erwägungen verflicht und stützt, so jüngst in einer Entscheidung zur Anwendung des § 92 Abs. 1 S. 1 StGB.[10]) Die Angeklagten hatten in einer Zeitung, die auch in Frankreich verbreitet wird, auf militärische Zustände in Deutschland aufmerksam gemacht, die den Bestimmungen des Versailler Vertrages angeblich zuwiderliefen. Das Reichsgericht geht davon aus, daß der Versailler Vertrag durch das Gesetz über den Friedensvertrag deutsches Reichsgesetz geworden ist und gemäß Art. 178 Abs. 2 S. 2 der Reichsverfassung ihren Bestimmungen mit der Wirkung vorgeht, daß die Geltungskraft von Vorschriften des Reichsgrundgesetzes, welche Vorschriften des Versailler Vertrages widersprechen, solange gehemmt ist, wie der Versailler Vertrag besteht. „Die übrigen, vor dem Inkrafttreten des V. V. erlassenen Gesetze und Verordnungen des Reichs, welche keine dem V. V. entgegenstehende Bestimmung enthalten, sind in Kraft geblieben. Es fragt sich also, ob der V. V. Normen geschaffen hat, welche mit denen des § 92 Abs. 2. Z. 1 StGB. in Widerspruch stehen." Das Reichgericht stellt fest, daß der V. V. den Schutz der deutschen Staatsgeheimnisse und das Recht, Angriffe hierauf zu verhindern und zu bestrafen, vollkommen unberührt lasse, fügt jedoch an dieses Ergebnis seiner positivrechtlichen Erwägungen noch den Satz: „Das natürliche Recht auf Verteidigung solcher Interessen ist unverzichtbar." Es legt ferner dar, daß

10) R. G. E. 62 S. 65 ff.

die Angeklagten zu ihrer Handlung weder aus der Reichsverfassung noch aus dem Völkerrecht berechtigt waren, glaubt aber noch hinzufügen zu müssen, daß sie solche Berechtigung auch nicht aus dem Naturrecht herleiten könnten. „Denn unter Naturrecht im objektiven Sinne versteht man die Summe von Rechtsnormen, die durch die Sache selbst, nicht erst durch positive Satzung für die ganze Menschheit verpflichtend sind. Zu diesen Rechtsnormen gehört die Treupflicht, welche jeder Staatsbürger seinem Vaterlande und Volke schuldet. Ausgehend von diesem Grundgedanken jeder Rechtsordnung hat das Reichsgreicht wiederholt folgende Rechtsgrundsätze aufgestellt. „Dem eigenen Staat hat jeder Staatsbürger die Treue zu halten. Das Wohl des eigenen Staates wahrzunehmen ist für ihn höchstes Gebot, die Interessen eines fremden Volkes kommen für ihn demgegenüber nicht in Betracht. Auf die Beobachtung der bestehenden Gesetze hinzuwirken, kann nur durch Inanspruchnahme der hierzu berufenen inneren Organe geschehen, niemals aber durch Anzeige bei fremden Regierungen."

Es braucht kein Wort darüber verloren zu werden, daß die Bestrafung der Angeklagten sehr wünschenswert, ja sehr notwendig war, aber der gute Zweck, dem die Erwägungen des Reichsgerichts dienten, und die hohe Gesinnung, die aus ihnen spricht, darf doch den rechtswissenschaftlichen Betrachter nicht darüber täuschen, daß die — übrigens ja auch garnicht notwendige — naturrechtliche Begründung nur scheinbar eine rechtliche Begründung war und daß das Urteil, wofern es allein auf diese Deduktion gestützt worden wäre, nur um deswillen den unter allen Umständen wünschenswerten Rechtstitel zur Bestrafung der Angeklagten abgegeben hätte, weil der Gültigkeit eines rechtskräftigen Urteils der Mangel einer richtigen Begründung nicht entgegensteht. Gegen das vom Reichsgericht angenommene Naturrecht ergeben sich zunächst Bedenken aus dem Begriffe des Naturrechts selbst insofern, als das Reichsgericht nur ein auf wenige Sätze beschränktes Naturrecht anerkennen will. Denn mag man nun unter diesem Recht ein solches verstehen, das sich aus der Natur des Menschen ergibt, wie Grotius, Hobbes und Pufendorf lehrten, oder, wie später gelehrt wurde und wie es auch das Reichsgericht auffaßt, ein Recht, das sich aus der Natur der Sache ergibt, [11]) immer muß sich für jeden Fall, mag der Gesetzgeber zu einer Entscheidung eine Norm gesetzt haben oder nicht, eine rechtliche Lösung denken lassen, die sich aus der

11) Über diesen Gegensatz Stammler: Lehrbuch der Rechtsphilosophie, 3. Aufl. 1928 §§ 14, 15 (S. 29—38).

Natur der Sache ergibt oder der menschlichen Natur am angemessensten ist, und neben ihr ein Rechtssatz, dessen Anwendung jene naturgemäße Lösung ergibt. Aus dem Begriffe eines natürlichen Rechtes folgt deshalb mit Notwendigkeit, daß sein Bereich sich viel weiter erstreckt als irgendeine positive Rechtsordnung und seine Grenze erst an den Gegenständen findet, die — auf Grund einer bestimmten Ansicht vom Zwecke des Rechts — als Objekte rechtlicher Regelung nicht mehr gedacht werden können. Die Naturrechtslehrer pflegten denn auch folgerichtig mehr oder weniger ins Einzelne gehende Naturrechtssysteme auszudenken. Die Annahme, daß dem positiven Recht ein Naturrecht in diesem umfassenden, dem Begriffe allein entsprechenden Sinne gegenübersteht, bedarf heute keiner Widerlegung mehr. Von der großen Masse der positiven Rechtssätze sind wir heute, in einer Zeit, da die Rechtschöpfung fast ausnahmslos durch Gesetzgebungsakte erfolgt, überzeugt, daß sie Recht sind, weil sie von der Rechtsmacht gesetzt sind und daß in diesem Gewolltsein seitens des Gesetzgebers ihre Rechtsnatur besteht. Es sind von den schier zahllosen Sätzen unserer Rechtsordnung nur wenige, denen wir ohne Rücksicht auf den Willen der Rechtsmacht, ja entgegen einem sie mißachtenden Gesetzgebungswillen Rechtsnatur zuschreiben möchten. Das Reichsgericht folgt denn auch nur dieser Geistesrichtung, wenn es als Naturrecht lediglich die Summe weniger Rechts„grundsätze", „Grundgedanken, die jeder Rechtsordnung zu Grunde liegen" anerkennt. Aber gerade diese begriffswidrige Beschränkung zeigt, daß das neuerstandene Naturrecht noch mehr als das alte eine Verwechslung mit derzeit in einem Volke oder in einem mehrere Völker umfassenden Kulturkreis herrschenden außerrechtlichen, insbesondere moralischen Vorstellungen ist. Fragen wir uns nämlich, welchen Rechtssätzen der Schein anhaftet, von menschlicher Satzung unabhängiges Recht zu sein, so finden wir, daß es vornehmlich jene sind, die neben dem Willen des Gesetzgebers elementare sittliche Forderungen oder, soweit es sich um Normen des Staatsrechts handelt, grundlegende politische Forderungen, über die sich das Volk ganz oder nahezu ganz einig ist, zum Ausdruck bringen. Das gilt in erster Hinsicht vor allem von vielen Strafgesetzen unseres Strafgesetzbuchs und in zweiter Hinsicht von den Staatsrechtssätzen, die als sogenannte Menschenrechte bezeichnet werden. Bei den Rechtssätzen dagegen, über deren moralischen Wert oder soziale Notwendigkeit sich das Volk uneinig ist, wie beispielsweise zur Zeit bei den Strafgesetzen wider Päderastie und Abtreibung, oder aber die nicht zugleich als Ausdruck sittlicher Forderungen angesehen werden, herrscht Einverständnis

darüber, daß allein sie Recht sind und nur deshalb, weil sie von der Rechtsmacht gesetzt wurden. Nichts wäre leichter, zumal in einer Zeit des Geburtenrückganges, als, in Verfolgung der vom Reichsgericht aufgenommenen Idee, zu beweisen, daß aus seinem „natürlichen" Recht auf Erhaltung seines Bestandes und seiner Kraft für den Staat ein natürliches „unverzichtbares" Recht auf Erhaltung und sorgsame Pflege des keimenden Lebens durch seine Erzeuger folge. Die moralische Beurteilung der Abtreibung, bis zu einem gewissen Zeitpunkt der Entwicklung der Frucht wenigstens, schwankt. Dementsprechend herrscht denn auch, abgesehen von denen, die auf Grund ihres Glaubens ein Naturrecht annehmen, Einverständnis darüber, daß es im neuen Strafrecht nicht darum geht, mit der Abtreibung etwas als Verbrechen zu verbieten, was an und für sich schon von Rechts wegen ein Verbrechen ist und ungeachtet jeglicher Gesetzgebung bleiben wird, sondern ein jeder weiß, es gilt zu bewirken, daß Recht werde, was nach der eigenen Anschauung Recht werden soll, genauer, daß es gilt, auf die rechtsetzende Macht, heute das Parlament, einzuwirken, daß sie zum Recht erhebe, was richtiges, gerechtes Recht sein würde. Die Verhandlungsmaxime ist einer der wichtigsten Grundsätze nicht nur der deutschen, sondern auch anderer moderner Zivilprozeßordnungen; aber trotz seiner grundlegenden Bedeutung zweifelt niemand daran, daß er nur kraft des ihn aussprechenden Willens der Rechtsmacht Recht ist und daß seine Ersetzung durch den Untersuchungsgrundsatz zwar höchst unzweckmäßiges, unrichtiges Recht, daß aber nunmehr nichtsdestoweniger lediglich die Offizialmaxime Recht sein würde. Treffend sagt deshalb Enneccerus (Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Allgem. Teil, 18/21 Aufl. § 29 Anm. 2): „Die zu gesetzlichen Rechtsänderungen bestimmende Überzeugung ist auch nicht die Überzeugung, daß der Inhalt des beabsichtigten Gesetzes Recht sei, sondern daß er Recht werden müsse." Wenn es aber bei den und nur bei den Rechtssätzen anders zu sein scheint, in denen der Gesetzgeber von Rechts wegen als Norm setzt, was nach den jeweils im Volke herrschenden moralischen und staatsbürgerlichen Anschauungen als selbstverständliche sittliche oder staatsbürgerliche Forderung gilt, so ist die Annahme gerechtfertigt, daß die vom Reichsgericht angenommenen Naturrechtsnormen in der Tat nichts anderes sind als eben jene Anschauungen, die den ihnen entsprechenden Rechtssätzen als Gesetzesmotive von besonderer, bisweilen zwingender Wirksamkeit zu Grunde liegen, indessen selbst schon ebensowenig Recht sind wie andere Gesetzesmotive von geringerem Gewicht. Auf diese vom Reichs-

gericht verkannte Identität weist ferner die bezeichnende Tatsache hin, daß, wie jene Anschauungen selbstverständlich wandelbar sind, so auch nach dem heutigen Stand der Rechtsgeschichte und Rechtsphilosophie jedes Naturrecht höchstens als ein wandelbares, [12]) als ein „Naturrecht mit wechselndem Inhalt“ [13]), gedacht werden kann. Denn alles Naturrecht ist notwendig ein Idealrecht und kann deshalb, wenn es nicht ein lebensfremdes, von einem Gelehrten ausgeklügeltes System sein soll, niemals dem Rechtsideal einer Zeit, das sich selbstverständlich aus den derzeit herrschenden Grundanschauungen ergibt, widersprechen. Die sich in der Annahme eines Naturrechts verkörpernde Verwechslung dessen, was Recht ist, mit dem, was Recht sein sollte, wird einmal verständlich durch den Doppelsinn der Worte Recht und Unrecht, die, eine in allen Sprachen zu beobachtende Erscheinung, außer ihrer rechtlichen noch eine rein moralische Bedeutung haben, [14]) und ferner durch den Umstand, daß die Rechtssätze in der Regel das Ergebnis einer gewaltigen Erkenntnisarbeit [15]) sind und daß

---

12) Stammler, Lehrbuch der Rechtsphilosophie, 3. Aufl. 1928, § 4: „Es ist wohl versucht worden, gegenüber dem geschichtlich gewordenen Recht, das sich mangelhaft und wandelbar erwies, ein vollkommenes Gesetzbuch mit Gültigkeit für alle Zeiten und Völker auszuführen. Das ist unmöglich. Denn der Inhalt eines solchen Idealrechtes müßte die Regelung von menschlichem Begehren enthalten. Der Stoff dieses Begehrens bezieht sich aber auf begrenzte menschliche Bedürfnisse und auf die Art ihrer Befriedigung. Dadurch ist er unvermeidlich bedingt und endlich und steter Veränderung unterworfen.“

13) Stammler, Wirtschaft und Recht, 1. Aufl. S. 185, zit. bei Radbruch, Grundzüge S. 5, und Somlò, Grundbegriffe S. 129.

14) Jhering weist in Zweck und Recht II. Band S. 40/1 darauf hin, daß das griechische dike die ganze Ordnung des Lebens als Sitte, Sittlichkeit, Recht bedeute, desgleichen das hebräische Mischpat, das indische dharma. Diese sprachliche Ungeschiedenheit sehr verschiedener Normarten weist als ein, wie Jhering sagt, fossiles Stück aus der Urzeit auf einen primitiven Zustand menschlicher Beziehungen hin, in welchem Recht, Sitte und Sittlichkeit und vor allem Recht und Religionsvorschrift nicht voneinander geschieden wurden.

15) Heinrich Maier S. 678: „In der rechtsschöpfenden Tätigkeit selbst, nicht nur in der Funktion der Rechtswissenschaft, liegt eine eminente Erkenntnisarbeit. Die Rechtsnormen sind . . . schließlich nichts anderes als Mittel zur Herbeiführung eines gewissen sozialen Zustandes. Die Auffindung der Mittel, die zur Realisierung des vorgesetzten Zweckes führen können, ist aber in allen Fällen . . . eine Erkenntnisleistung, deren nächste Ergebnisse sich naturgemäß in Urteilen aussprechen . . . Nun tritt gerade diese Seite der rechtsproduzierenden Arbeit deutlich ins Licht, während das Zweckbegehren, in dessen Dienst die kognitiven Funktionen stehen, sich meist selbst im Hintergrunde hält. So liegt es nahe, die schöpferische Arbeit, die zum Rechte führt, in ihrem ganzen Umfange als Erkenntnistätigkeit und das Recht als einen Inbegriff von Wahrheiten zu betrachten.“

dieser oft jahrelang dauernden, — man denke nur an die Bemühungen um das neue deutsche Strafgesetzbuch —, gegenüber die Rechtssetzung meist ein ganz kurzer und jener langen Erkenntnisarbeit so selbstverständlich folgender Akt ist, wie der einzelne Mensch als selbstverständlich das will, was er als das taugliche Mittel zu einem vorgesetzten Zwecke erkannt hat. So entsteht der Schein, als sei das Recht nicht Wille, sondern die der Satzung zu Grunde liegende Erkenntnis. Die Bedenken, die sich gegen die hier vertretene Auffassung erheben, wonach jeder Rechtssatz, auch der moralisch notwendigste wie etwa das Verbot des Mordes und das Gebot seiner Bestrafung lediglich Recht ist, weil er von der Rechtsmacht, d. h. heute von einigen zur Gesetzgebung erwählten Leuten gewollt ist, sind praktisch und theoretisch unbegründet. Denn es ist bei den meisten Rechtssätzen, die eine umstrittene wichtige Forderung der Moral oder Politik zum Ausdruck bringen, praktisch undenkbar, daß die Rechtsmacht sie durch ihnen widerstreitende Formen ersetzt. Bei theoretischer Erwägung dieses Falles muß zwar anerkannt werden, daß jeder Rechtssatz, auch der schlechteste, Rechtspflichten begründet, aber es muß, wenn anders die Lehre, daß kein Recht ist außer dem „positiven", das aber wiederum nur auf einem Mehrheitsbeschluß beruht, nicht unerträglich sein soll, betont werden, daß im Falle eines Widerstreites des Rechts zu einer grundlegenden moralischen Norm dieser entgegen der Forderung des Rechtes Gehorsam zu leisten ist.*) Solch ein Fall wird immer dann vorliegen, wenn die

*) Deshalb ist in einem wichtigen Punkte die Lehre Radbruchs abzulehnen. Er erkennt an, daß die Rechtssätze auf einem Wollen beruhen, verweist aber deshalb die Begriffe des Sollens und der Pflicht, ja sogar der Norm aus dem Gebiet des Rechts in das der Ethik, denn „ein Wollen kann höchstens ein Müssen, niemals aber ein Sollen hervorbringen" (S. 54). Die verpflichtende Kraft ist nach Radbruch nicht im Rechte selbst, sondern in der Moral begründet, „das Recht kann seine Geltung nur aus der Sittlichkeit ableiten, die Vorschriften des Rechts gelangen nur dadurch zur Geltung, daß die sittliche Persönlichkeit sie sich als ethische Normen aneignet" (S. 39). „Das Recht ist aber nur die Möglichkeit der Sittlichkeit und eben deshalb auch die Möglichkeit der Unsittlichkeit" (S. 52). Danach wäre also jedwede Forderung des Rechts, auch die unsittlichste, eine Forderung der Sittlichkeit und, wie Radbruch selbst zu sagen sich nicht scheut, die Moral „signierte gleichsam durch Blankoakzept einen erst von anderer Seite festzustellenden Pflichtinhalt." Zum Beweise dessen ruft er Kant zum Zeugen an, der allerdings (Einleitung in die Metaphysik der Sitten, III) sagt, „daß alle Pflichten bloß darum, weil sie Pflichten sind, mit zur Ethik gehören; aber ihre Gesetzgebung ist darum nicht allemal in der Ethik enthalten, sondern von vielen derselben außerhalb derselben." Aber Kant spricht diesen Satz nicht mit Beziehung auf das positive Recht, sondern auf das Naturrecht aus, denn er fährt fort: „So gebietet die Ethik, daß ich eine in einem Vertrage

Rechtsmacht durch ihre Normen solchen moralischen oder politischen Forderungen widerspricht, die heute vor der ganzen zivilisierten Menschheit als für sie verpflichtend angesehen werden, also dem widersprechen, was das Reichsgericht fälschlich objektives Naturrecht nennt. Aber da übergeordnete natürliche Rechtssätze nicht vorhanden sind und also nicht nach dem

---

getane Anheischigmachung, wenn mich der andere Teil gleichwohl dazu zwingen könnte, doch erfüllen müsse: allein sie nimmt das Gesetz (pacta sunt servanda) und die diesem korrespondierende Pflicht aus der Rechtslehre (Sperrdr. v. V.) als gegeben an." In seiner Rechtslehre, die er einige Seiten weiter beginnt, handelt er lediglich vom Naturrecht als der Grundlage einer möglichen positiven Gesetzgebung und dem, was den Rechtsgelehrten vor allem beschäftigen muß, denn „eine bloß empirische Rechtslehre ist (wie der hölzerne Kopf in Phädrus' Fabel) ein Kopf, der schön sein mag, nur schade! daß er kein Gehirn hat." Für das Naturrecht aber als das als solches verkannte Ideal eines Rechtes kann aber der Kantische Satz kein Bedenken haben, daß möglicherweise eine Handvoll übelberatener Leute alles und jedes nicht nur von Rechts wegen, sondern auch als sittliche Pflicht soll verlangen können. Binder, der mit Radbruch darin übereinstimmt, daß die Begriffe des Sollens und der Pflicht nur ethische Begriffe sind, und dies in die Formel preßt: „Das Recht verpflichtet rechtlich zu nichts (Rechtsnorm und Rechtspflicht, 1912, S. 47), zieht aus der Tatsache, daß keineswegs jedem Rechtssatz irgendeiner gegebenen Rechtsordnung eine ethische Norm gleichen Inhalts entspricht, als selbstverständlich die Folgerung, daß die Rechtsordnung nur, soweit sie mit der Ethik im Einklang ist, vom Standpunkt der Ethik befolgt werden und sich andern Falls die Verwerfung vom moralischen Standpunkt aus gefallen lassen muß. Wenn er aber einräumt: „Im Falle eines Konflikts zwischen Recht und Sittlichkeit wird das Recht immer Anspruch auf seine absolute Geltung erheben" (S. 48), so gibt er damit gerade den entscheidenden Gesichtspunkt an, unter dem im Einklang mit der herrschenden Meinung von einem Sollen im Rechtssinne und von spezifischen Rechtspflichten gesprochen werden darf, den nämlich, daß jede Norm ohne Rücksicht auf die Forderungen einer anderen Normenkategorie Befolgung verlangt. Mag ein Rechtsakt auch unsittlich sein, so wird er nichtsdestoweniger die Forderung, als Rechtssatz befolgt zu werden, enthalten. Ebenso verlangt die Sitte die Befolgung ihrer Normen da nicht weniger, wo diese wider Recht und Moral verstoßen, wie das Beispiel der Duellsitte zeigt. Für diese Belastung der Normadressaten durch jegliche Normenkategorie bedarf es einer Bezeichnung; die Sprache gestattet, für sie die Worte Pflicht und Sollen zu wählen, und es ist nicht einzusehen, warum wir, wofern nur der tiefe Unterschied zwischen den Forderungen der Sittlichkeit einerseits und allen anderen Normen gehörig herausgestellt wird, uns dieser Bezeichnung nicht bedienen sollen. Somlô weist zutreffend darauf hin, daß wer dem Worte Pflicht, Sollen, ausschließlich ethische Bedeutung beilegt, nur dazu gelangen kann, andere Ausdrücke zu wählen und etwa die Belastung durch nichtethische Normen nicht Pflichten zu nennen (a. a. O. S. 431). Besonders abwegig ist es, wenn Radbruch allem Sprachgebrauch zuwider die Bezeichnung Norm der Moral vorbehält und Normen, die nicht nur Erfüllung um ihrer selbst willen, „aus Achtung fürs Gesetz" verlangen, nur als Imperative bezeichnet wissen will („Die Norm fordert normgemäßes Verhalten aus normgemäßem Motiv; dem Imperativ geschieht durch, wie immer motiviertes, imperativgemäßes Verhalten Genüge" S. 63).

Satze: „Naturrecht bricht positives Recht" geurteilt werden kann, den der reichsgerichtliche Satz vor der Unverzichtbarkeit gewisser strafrechtlicher Normen involviert, und da die Forderungen der Sittlichkeit als absulute Normen den Normen des Rechts im Werte vorgehen, die Rechtsnormen jedoch ihrem Geltungsanspruch nach ihnen nebengeordnet sind, also nicht bei Abweichung von den Normen der Moral außer Kraft treten, so ergibt sich, daß die Verbrechen im Rechtssinne schlechterdings nichts anderes sind als Zuwiderhandlungen gegen staatliche Strafgesetze [16]) und daß die Frage nach der Anzahl der begangenen Verbrechen nur nach dem sog. positiven Rechte und auch nur nach dem durch Gesetzgebungsakt geschaffenen Rechte entschieden werden kann, da § 2 StGB. die Bildung von Tatbeständen durch Gewohnheitsrecht verbietet und insoweit auch nicht durch ein contra legem entstandenes Gewohnheitsrecht außer Kraft gesetzt worden ist.

16) Es gilt also gerade das Gegenteil von der von M. E. Mayer zitierten Sentenz: La loi n'est pas le droit (Lb. 454).

§ 5.

Gleichartige Idealkonkurrenz. Bemerkungen zur herrschenden Lehre von der ungleichen Idealkonkurrenz. Das Verbrechen als juristische Handlung.

Die hier vorgetragene Ansicht unterscheidet sich zunächst im Ergebnis von der herrschenden Lehre und insofern auch von der Bindings dadurch, daß sie in Übereinstimmung mit Allfeld und Coenders nur in der ungleichartigen Idealkonkurrenz ein Zusammentreffen mehrerer Verbrechen findet. Allfeld rechtfertigt dies damit, daß bei der gleichartigen Idealkonkurrenz nur ein Tatbestand verwirklicht werde (Lb. S. 230 Anm. 6). Damit dürfte in Wahrheit gar keine Begründung gegeben sein, denn da, wie Allfeld richtig annimmt (S. 237), nicht die Zahl der Handlungen über die Zahl der Verbrechen entscheidet, so ist nicht einzusehen, warum nicht ebenso eine — natürliche — Handlung mehrere Tatbestandsverwirklichungen und also mehrere Verbrechen soll enthalten können, wie sie bei der gleichartigen Idealkonkurrenz gegeben sind. Es ist also gerade die Frage, ob und warum durch eine Handlung nur ein Tatbestand verwirklicht wird. Ebenso lassen es die längeren Ausführungen Coenders', die er über diesen Punkt macht, nicht begründet erscheinen, warum er zwar in Übereinstimmung mit Binding und seinen Gründen in der ungleichartigen Idealkonkurrenz nicht nur eine Verbrechens-, sondern auch eine Handlungsmehrheit erblickt, aber in scharfem Gegensatz zu ihm in der gleichartigen Idealkonkurrenz nur eine Handlung, nur ein quantitiv verstärktes Verbrechen findet [1]). Denn nachdem er zuvor die Bindingsche Annahme verteidigt hat, daß das Strafrecht seinen eignen besonderen Handlungsbegriff habe, sagt er über diesen folgendes: „Schlechthin niemals aber kommt für den strafrechtlichen Handlungsbegriff die größere oder geringere Einfachheit oder Zusammengesetztheit in Betracht. Jede Handlung ist aus einer Fülle von willkürlichen äußeren Akten zusammengesetzt, die gleichfalls alle Handlungen im psychologischen Sinne sind. Zu einer strafbaren Handlung gehört der einen vom Gesetz umschriebenen Erfolg umfassende Willensentschluß und seine bewußte und

1) Strafrechtliche Grundbegriffe 1909 S. 302 („Was der Fall des fortgesetzten Verbrechens in der Zeit, ist der Fall der gleichartigen Idealkonkurrenz im Raum").

gewollte Verwirklichung, gleichgültig ob diese durch einen oder hundert oder tausend Willkürakte (Handlungen im psychologischen Sinn) sich vollzieht.“ [2]) Gesetzt den Fall, der A hat sich vorgenommen, den B zu ermorden, hernach beschließt er, auch den ihm verhaßten C umzubringen, und es gelingt ihm, dank einer günstigen Stellung beider zu einer Waffe, sie mit einem Schuß zu töten, so gelangt man mit der von Coenders gegebenen Erläuterung allein zu dem Ergebnis, daß A zwei gleichartige Verbrechen begangen hat, denn daß nur eine psychologische Handlung vorgenommen wurde, soll je bedeutungslos sein und andrerseits hat A erstens sich entschlossen, den B zu töten, und diesen Entschluß auch verwirklicht, wodurch er das in § 211 StGB. umschriebene Verbrechen beging, und zweitens hat er den Entschluß gefaßt, auch den C zu töten, und diesen den in § 211 umschriebenen Erfolg umfassenden Willensentschluß verwirklicht. Die Merkmale zweier strafbarer Handlungen im Sinne der von Coenders gegebenen Begriffserläuterung sind also offenbar vorhanden.

Es gibt nur eine Möglichkeit, den Begriff der gleichartigen idealen Verbrechenskonkurrenz abzulehnen, es ist die in Anlehnung an Höpfner in § 2 angestellte Erwägung, daß es zwar nicht begrifflich notwendig ist, jedoch dem Wesen des Rechts allein entspricht, seine Normen als gegen die Handlung gerichtet zu denken. [3])

Hinsichtlich der ungleichartigen Idealkonkurrenz hat die vorgetragene Ansicht zu dem gleichen Ergebnis geführt, zu dem die herrschende Lehre gelangt. Aber in der Begründung weicht sie von ihr ab. Es ist schon darauf hingewiesen worden, daß aus dem Satz: „Das Verbrechen ist Handlung“, — wobei Handlung im Munde der herrschenden Ansicht stets die natürliche, psychologische Handlung ist —, mit Notwendigkeit bei idealer Konkurrenz auf Verbrechenseinheit zu schließen ist. Jener Satz bedeutet nun nicht immer nur eine inkorrekte Ausdrucksweise, sondern es verbirgt sich in ihm die Meinung, daß das Verbrechen als konkreter Rechtsvorgang allerdings eine natürliche Handlung sei. So heißt es bei Finger (Lb. S. 368): „Das Verbrechen als einzelner Vorgang (nicht als juristisches Abstraktum) ist durch einen im Gesetz näher bezeichneten Anfangs- und Endpunkt gekennzeichnet.“ Wenn Finger an anderer Stelle, gegen Liszt gewandt, dartut, daß die natürliche

2) a. a. O. S. 298.

3) Dagegen Binding (HB. S. 565): „Das Verbrechen ist Handlung als Selbstverwirklichung des verbrecherischen Entschlusses und Setzung des verbrecherischen Tatbestandes. Diese Handlung also ist Einheit und Erfolg, sie ist das Verbrechen von seinem juristischen Anfang bis zu seinem juristischen Endpunkt.“

Handlung an und für sich kein in sich abgeschlossener Vorgang sei, daß vielmehr „der Gesichtspunkt erst feststehen müsse, von dem aus die kontinuierliche Reihe des Handelns in einzelnen Handlungen geteilt werden können" (S. 367), so ist das zwar richtig, beweist aber nichts gegen Liszt. Denn bedarf es danach auch eines Strafgesetzes, um die eine Handlung im Sinne des Strafrechts innerhalb der „kontinuierlichen Aktivität" den Menschen abzustecken, so folgt doch zugleich aus dieser, sich an die realen Lebensvorgänge haltenden Darstellung, daß jedenfalls das für ein konkretes Verbrechen in Anspruch genommene Stück dieser Kontinuität nicht zugleich ein andres Stück dieser Realität, ein weiteres konkretes Verbrechen sein kann. Von diesem Standpunkt aus wäre der Streit um das Wesen der Idealkonkurrenz gegenüber Liszt allerdings nur ein Streit um Worte, in welchem durchaus Liszt Recht gegeben werden müßte, denn es ist unangemessen und irreführend, auch da, wo man nur einen Verbrechensfall für vorliegend hält, um des Passens mehrerer Tatbestände willen in gleicher Weise von Verbrechensmehrheit zu sprechen wie bei der Realkonkurrenz als der unzweifelhaften Mehrheit von Verbrechensfällen. Nur der ist berechtigt, die Idealkonkurrenz als Verbrechensmehrheit zu bezeichnen, der sie als Fallmehrheit auffaßt und also zwischen ihr und der Realkonkurrenz auch in concreto keinen rechtlich bedeutsamen Unterschied sieht. Besonders verfehlt aber ist es, wenn, gleichsam nach Bedarf, die Verbrechensmehrheit einmal mit dem Vorhandensein einer mehrfachen Realität, ein ander Mal, wenn es daran fehlt, mit dem Passen mehrerer Tatbestände begründet wird. So heißt es bei Merkel-Liepmann S. 344: „Die . . . Annahme, daß bei der Idealkonkurenz nur ein Delikt vorliegen könne, gründet sich entweder auf einen falschen Schluß, insofern aus der Einheit des Mittels der Begehung auf die Einheit der Rechtsverletzung geschlossen wird, oder auf eine Identifizierung jenes Mittels mit der Rechtsverletzung selbst. Wenn jemand durch einen Schuß einen Menschen vorsätzlich verwundet und einen anderen fahrlässig tötet, so kann füglich nur derjenige von einem Delikt sprechen (welchen Namen dasselbe haben soll, wird nicht leicht zu sagen sein), der das Wesen der Sache in dem Schießen, das ist in dem angewandten Mittel, nicht wie richtig, in der Kausalbedeutung dieses Schießens für rechtlich geschützte Interessen findet." Indem Merkel an dieser Stelle das Verbrechen in Realitäten und zwar den Erfolgen menschlicher Handlungen erblickt, vertritt er eine nach dem bisher vertretenen Standpunkt in zweifacher Beziehung falsche Ansicht, aber er vertritt sie mit Folgerichtigkeit. An-

ders im Handbuch.*) Hier sagt er, in der Erkenntnis, daß seine soeben vorgetragenen Ausführungen nicht recht für Delikte ohne tatbestandsmäßigen Erfolg passen: „Die ideale Konkurrenz läßt sich in zwei Arten scheiden. Entweder nämlich liegt nur ein einziges Factum vor, welches seinem strafrechtlichen Gehalt nach nur durch die Subsumtion unter mehrere Strafgesetze erschöpft wird. Hierher gehört z. B. ein Inzest mit Notzucht. Oder es stehen die konkurrierenden Delikte in Bezug auf den zu ihnen gehörigen Erfolg selbständig nebeneinander und sind nur durch die Handlung, aus welchen derselbe hervorgeht, verbunden.“ Desgleichen sagt Graf zu Dohna: „Die Verbrechensmehrheit aber kann bedingt sein durch eine Mehrheit realer Erfolge, sie kann aber auch ihren Grund finden in der Möglichkeit mehrfacher juristischer Qualifizierung einer Erfolgseinheit.“ [4]) Es kann nicht zweifelhaft sein, daß der Verbrechensfall nur entweder ein Faktisches oder ein zu einem Faktischen in Beziehungen stehendes Normatives sein kann und daß bei der Verbrechenszählung nur nach einer Methode gezählt werden darf sowie ferner, daß in den Fällen der Idealkonkurrenz, in denen nur ein Faktum vorhanden ist, die seinswissenschaftliche Betrachtung zu einer Mehrheit konkreter Rechtsvorgänge nur gelangen kann, wenn sie Begriffe mit ihren Gegenständen verwechselt. In der Erkenntnis, daß sich in diesen Fällen bei realistischer Betrachtung den Argumenten Liszts nicht entgehen läßt, hat Buri bei ihnen das Vorliegen einer Verbrechensmehrheit mit Liszt'scher Begründung geleugnet. In den Fällen von Idealkonkurrenz mit mehrfachem Erfolg glaubte er dagegen eine Verbrechensmehrheit annehmen zu dürfen, weil hier mehrere Kausalitäten gegeben seien. Diese Annahme ist unrichtig. Wo der Täter nur einmal körperlich handelt, da wird er auch nur einmal kausal, wie Wachenfeld ausführlich und zutreffend dargelegt hat. [5]) Buri müßte also auch in diesen Fällen Verbrechenseinheit annehmen gemäß seinem Grundsatz: „Jede Rechtsverletzung erfordert eine Kausalität! Denn es läßt sich nicht behaupten, daß das Nämliche das, was es ist, noch einmal sein sollte.“ (Einh. u. Mehrh. S. 1.) Zudem läuft diese Ansicht darauf hinaus, daß die Zahl der Verbrechen sich nach der Zahl der realen Erfolge bestimmt, eine Ansicht, die, wie zu zeigen versucht wurde, selbst dann falsch wäre, wenn wir den konkreten Verbrechensfall überhaupt mit einer Einheit in der Realität identifizieren dürften.

*) Holtzendorffs Handbuch des Strafrechts Bd. II S. 579.

4) Zusammentreffen mehrerer Strafen und mehrerer strafbarer Handlungen in Reform des Strafrechts, hrsg. von Aschrott und Liszt 1910, S. 403.

5) Theorie S. 36.

Von den Gegnern Liszts sind es Honig und vor allem Sauer, die zu seiner Ablehnung auf dem hier eingeschlagenen Wege gelangen. So heißt es bei Honig (a. a. O. S. 3 Anm. 7): „Der Unterschied zwischen Handlung und Verbrechen ist der, daß mit der Handlung der physiologische Vorgang ohne jede Wertbedeutung, mit dem Verbrechen die Wertbedeutung dieses Vorgangs bezeichnet wird." Deutlicher, nämlich mit dem wichtigen Hinweis, daß es sich bei der Idealkonkurrenz um die Konkurrenz konkreter Verbrechen handelt, sagt Sauer (Grundlagen S. 486): „Verbrechen ist in erster Linie Unrecht . . . und es kann zweifellos im konkreten Fall ein und dasselbe Objekt mehrfach gewertet werden" und später mit Bezug auf den Fall einer Notzucht mit der verheirateten Schwester (S. 497): „Das Charakteristikum ist, daß nur ein Objekt mehrfach zu subsumieren ist, sodaß ein Mehrfaches ist auch das Ergebnis der Subsumtion, die konkrete Tatbestandsmäßigkeit und mithin das konkrete Unrecht" (Sp. dr. v. V.). In diesem Zusammenhang ist ferner eine bereits zum Teil zitierte Bemerkung Schoetensacks (A. a. O. S. 3) anzuführen: „Im Wesen des Rechts liegt es, begründet, daß es Unrecht gibt. Und dieses Unrecht ist nicht ein bloßes Nichts, was es allein sein könnte, gehörte das Recht nicht in das Reich der Werte. Denn die Negation des Seins ergibt als Negation nur das Nichts. Die Negation des Wertes hingegen bedeutet einen negativen Wert, einen Unwert". M. a. W.: Der konkrete Verbrechensfall ist nichts Reales, Wirkliches, sondern hat nur Rechtswirklichkeit und ist als solche, da jede Norm zugleich eine Bewertung darstellt, eine normative Unwertbedeutung, die wir in einen einzelnen Fall in eine Realität hineindenken.

Wenn Sauer zur Unterstützung der hier vorgetragenen Ansicht angeführt wird, so muß freilich sofort hinzugefügt werden, daß er selbst sich auf die normative Natur des konkreten Verbrechens nur für die Fälle beruft, in denen Delikte ohne mehrfachen tatbestandsmäßigen Erfolg idealiter konkurrieren. Nur diese Fälle glaubt er zur Idealkonkurrenz rechnen zu dürfen, während er sowohl die ungleichartige Idealkonkurrenz mit Erfolgsmehrheit als auch die gleichartige zur Realkonkurrenz zählt und so jenes Gedankenganges zur Rechtfertigung in diesen Fällen nicht zu bedürfen glaubt. Er stimmt also für diese Fälle im Ergebnis mit Buri überein und unterscheidet sich von diesem nur dadurch, daß er zwar in beiden Fällen eine mehrfache Kausalität, aber nur bei der gleichartigen Idealkonkurrenz zugleich eine Mehrheit von Handlungen annimmt, während ihm bei der ungleichartigen Idealkonkurrenz schon die Mehrheit der Objekte zur Annahme einer Realkonkurrenz,

nicht aber zur Annahme einer Handlungsmehrheit genügt. Ein seltsames Ergebnis. Denn ohne daß zunächst auf andere Einwände eingegangen sei, so ist es doch schwer verständlich, warum Sauer, wenn er schon einmal eine Mehrheit von Objekten zur Realkonkurrenz genügend sein läßt, sich bei der gleichartigen Idealkonkurrenz, dem Wirklichkeitsbilde zuwider, zur Annahme mehrerer Handlungen genötigt fühlt, denn es sind doch auch hier nur mehrere Objekte vorhanden. Und umgekehrt ist es noch weniger verständlich, warum er zwar bei der gleichartigen Idealkonkurrenz glaubt, mehrere Handlungen annehmen zu müssen, dasselbe jedoch bei der ungleichartigen Idealkonkurrenz, im Gegensatz zu Buri, nicht tut, obwohl er wie dieser auch hier mehrere Kausalitäten für vorliegend erachtet. Sachlich ist von dem hier eingenommenen Standpunkt zunächst wiederum einzuwenden, daß das Substrat der Rechtsnorm die Handlung ist und daß also nur eine Mehrheit dieser die Annahme einer Realkonkurrenz rechtfertigt, weil nur in diesem Falle eine Mehrheit der Fakta, auf die sich die Rechtsnormen beziehen, vorhanden ist. Abgesehen aber auch von diesem Einwand ist Sauer entgegenzuhalten, daß er die naturalistische und normative Betrachtung, Realität und Rechtswirklichkeit vermengt. Denn welche Kausalitätstheorie man auch für die zutreffenden halten mag, — ob man mit Buri und dem Reichsgericht als Ursache jedes Geschehnis ansieht, das sich nicht fortdenken läßt, ohne daß der Erfolg entfiele, oder auf Grund einer der zahlreichen Theorien von den vielen zum Erfolg führenden Bedingungen eine als Ursache herausheben zu dürfen glaubt oder aber jede Handlung als kausal berücksichtigt, sofern sie nur nicht „durch eine außerhalb des Bereichs erfahrungsgemäßer Vorstellungen liegende Verkettung von Umständen Bedingung des Erfolges geworden ist“ (Allfeld S. 109) so bleibt doch immer die kausale Betrachtung Wirklichkeitsbetrachtung, die als imputatio facti der normativen Betrachtung erst das Substrat liefert. Wenn, um ein Beispiel Sauers zu wählen, ein Schuß den A tötet, den B verletzt und eine Fensterscheibe zertrümmert, so lehrt die kausale Betrachtung, daß hier eine in der körperlichen Handlung des Verbrechers verkörperte Kausa drei Wirkungen gehabt hat, und nicht anders kann das Ergebnis bei gleichartiger Idealkonkurrenz sein. Die normative Betrachtung macht nicht aus dieser einen Kausalkatte mehrere, sondern sie leistet nur dies, daß es, im Gegensatz zu historisch-genetischen Betrachtung, für die Existenz des Verbrechens A gänzlich gleichgültig ist, ob die Kausalkette, in die es hineingedacht wird, bereits dem Verbrechen A zum Substrat diente, so gleichgültig, als

läge diesem eine andere Kausalkette zu Grunde, weshalb ja gesagt werden durfte, daß zwischen Ideal- und Realkonkurrenz ein rechtlich erheblicher Unterschied nicht bestehe. Aber diese rechtliche Gleichheit darf nicht dazu führen, den faktischen Unterschied zu verkennen und aus einer Kausalität mehrere, aus einer realen Handlung mehrere reale Handlungen zu machen.

Der von Sauer begangenen Verwechselung von Wirklichkeit und Rechtswirklichkeit machen sich für das ganze Gebiet der Idealkonkurrenz Coenders und vor allem Binding schuldig, wobei dann der Fehler noch deutlicher hervortritt. Sie stellen den Satz auf: „Das Verbrechen ist juristische Handlung" und nehmen folgerichtig auch bei Idealkonkurrenz eine Handlungsmehrheit an. Grundsatz und Folgerung sind richtig, aber sie können es nur in dem Sinne sein, daß die juristische Handlung, als deren Species durch den aufgestellten Satz das Verbrechen bezeichnet wird, ebensowenig wie das Verbrechen selbst mit der natürlichen Handlung identisch ist, sondern nur normative Existenz hat, ein Ereignis der — gedanklichen — Rechtswelt ist. Dem Wortlaut nach gibt die hier vertretene Ansicht genau ein inhaltlich bereits angeführter Satz wider, von dem Liszt in seiner Polemik gegen Bindings Handlungsbegriff ausgeht, in dem es heißt (a. a. O. S. 238): „Es wird wohl von keiner Seite in Zweifel gezogen, daß das Verbrechen als jener Tatbestand, an welchen die Rechtsordnung den Eintritt der Strafe knüpft, unter den weiteren, auch das Rechtsgeschäft mitumfassenden Begriff der juristischen Handlung fällt." Liszt ist sich der Tragweite dieses Satzes wohl nicht bewußt gewesen. Das Verbrechen ist in der Tat ganz ebenso wie das Rechtsgeschäft eine juristische Handlung, denn es ist wie diese eine auf menschlichem Verhalten beruhende Veränderung der Rechtwelt. Nun kann aber kein Zweifel daran sein, daß die juristische Handlung in ihrer Species Rechtsgeschäft nur ein Gebilde normativer Vorstellungen sein kann. Denn nur so ließ sich die unbezweifelte Tatsache erklären, daß eine natürliche Handlung mehrere Rechtsgeschäfte, mehrere juristische Handlungen enthalten, oder genauer: bedeuten kann, ganz so, als entsprächen ihnen mehrere reale Handlungen. Es ist zu zeigen versucht worden, daß es sich mit dem Verbrechen ebenso verhält und daß nur die imaginäre Existenz des Verbrechensfalles es, ohne daß dadurch die Gesetze der Logik verletzt würden, ermöglicht, in jedem Fall der Idealkonkurrenz eine regelrechte Verbrechensmehrheit anzunehmen, wie sie uns in der Realkonkurrenz gegeben ist. Es ist deshalb nicht nur zweckmäßig, sondern auch geboten, das Verbrechen als Species des Be-

griffes der juristischen Handlung und die Idealkonkurrenz als Handlungsmehrheit aufzufassen, aber eben nur als Mehrheit juristischer Handlungen. Ihnen stehen als das Substrat, auf das sie sich beziehen, die natürlichen Handlungen gegenüber, die zwar, wie früher eingeräumt wurde, zu einer abgeschlossenen Einheit erst durch die tatbestandliche Umgrenzung, also durch das Recht, werden, aber nichtsdestoweniger von Rechtswirklichkeiten scharf zu scheidende Realitäten bleiben. Binding hat mit seinen Gegnern, d. h. sowohl den Anhängern Liszts als auch den Schriftstellern der herrschenden Lehre das gemeinsam, daß er nur einen Handlungsbegriff anerkennt. Während aber diese bei ihren Definitionen nur von der natürlichen, durch das Recht lediglich in bestimmter Weise umgrenzten Handlung ausgehen [6]), ist nach Binding „für den Juristen der Handlungsbegriff des gemeinen Lebens garnicht vorhanden“ [7]), für ihn kommt lediglich der juristische Handlungsbegriff in Betracht. Da nun alle Veränderung in der Rechtswelt auf ein Faktisches Bezug haben muß und dieses im Strafrecht von ganz besonderer Bedeutung ist, so kann es nicht ausbleiben, daß Binding, nachdem er den natürlichen Handlungsbegriff aus dem Strafrecht verbannt hat, seinen juristischen Handlungsbegriff, normative und naturalistische Betrachtung miteinander vermengend, aus einem Gemisch von Wirklichkeit und Rechtswirklichkeit konstruiert und so Liszt zu seinen Vorwürfen berechtigten Anlaß gibt. Wenn es im Handbuch heißt (S. 523): „Untersagt die Norm ein bestimmtes Verhalten, so schließt sich dieses in der Vorstellung des Gesetzgebers zur Einheit zusammen und er zieht sich und damit auch allen andern die Grenze zwischen der einmaligen und der mehrmaligen Übertretung desselben Verbots und Gebots“, so ist es doch die vom Recht fest umgrenzte natürliche Handlung, die hier Binding vorschwebt und die — selbstverständlich — bei der Idealkonkurrenz nur einmal vorliegt. Auf S. 88 des zweiten Bades der Normen heißt es: „Die Handlung im Rechtssinne

6) So etwa Allfeld (S. 15); nach ihm ist die Handlung im Rechtssinne „das Verhalten eines Menschen bestehend darin, daß dieser bewußt und willkürlich entweder durch eine Körperbewegung auf die Außenwelt einwirkt oder diese Einwirkung in einem Falle, in dem sie von ihm erwartet wird, unterläßt.“ Ferner Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht Bd. I S. 184: „Die Begriffe Handlung, Zurechnung und Schuld sind keine spezifisch und technisch strafrechtliche oder überhaupt nur rechtliche. Das Recht und insbesondere die Strafgesetzgebung unternimmt es nicht, sie festzustellen, sondern setzt sie als gegeben voraus und verwertet sie für ihre eigentümlichen Zwecke.

7) Normen II S. 89 Anm. 9; ferner HB, 565: „Was außerhalb des Rechts Handlung ist oder heißt, ist für dessen Bereich gleichgültig.“

teilt nun sowohl mit der Handlung, welche das Rechtsgebiet nicht berührt, als mit der Tat (d. i. nach Binding die Handlung eines Zurechnungsfähigen), daß sie verwirklichter menschlicher Wille ist." Demnach also ist sie eine Realität. Aber „Wenn ein Mann bei gesunden Sinnen beschließt, vor Sonnenaufgang aufzustehen, um diesen bewundern zu können, so ist sein Entschluß ebensowenig ein Wille von Rechts wegen als wenn ein Kind beschließt, das Nachbarhaus in Brand zu stecken" (a. a. O. S. 92), deshalb lautet Bindings Definition (eod. loc., ferner HBS. 565): „Handlung ist verwirklichter rechtlich relevanter Wille." Aber was folgt aus dieser Definition, die die juristische Handlung zu einer besonders geeigenschafteten natürlichen Handlung macht? Doch nur dies, daß bei Idealkonkurrenz e i n e, aber mehrfach rechtlich relevante Willensverwirklichung vorliegt. Denn wo ist beim inzestuosen Ehebruch die mehrfache „Verwirklichung" oder der mehrfache Wille? Was hier mehrfach vorliegt, ist nur die rechtliche Relevanz, ist die Veränderung in der Rechtswelt, und mit dieser also muß die juristische Handlung identisch sein, wenn sie in der Mehrzahl gegeben sein soll. Zum Beweise der Idealität des Verbrechensfalles ist auf das echte Unterlassungsdelikt hingewiesen und es ist eine Stelle aus Bindings Normen angeführt worden, in der er die Idealität der Rechtswirklichkeit darlegte und auf die er sich bei der Erörterung des echten Unterlassungsdeliktes beruft und berufen muß, denn er erkennt an, daß das echte Unterlassungsdelikt höchstens ein Nichtwollen und bei Fahrlässigkeit möglicherweise nicht einmal dieses ist, wenn nämlich „der Täter die Voraussetzungen seiner Handlungspflicht unverzeihlich verkannt, deshalb an sie gar nicht gedacht und den Entschluß, sie nicht zu erfüllen, garnicht gefaßt hat" (Normen II S. 104). Er stellt selbst die Frage (a. a. O. S. 102): „Wie kann aber ein Nichts so strafbar sein wie ein Etwas?" und beantwortet sie, wie schon ausgeführt und ganz im Sinne der verteidigten Ansicht, die sich auf diese seine Bemerkungen zum größten Teil gründet und aus ihnen nur alle notwendigen Folgerungen zieht, mit dem Hinweis auf die Idealität alles Rechtswirklichen; er weist darauf hin, daß die Welt des Rechts eine solche ist, die einen bestimmten Verlauf nehmen soll, zitiert ein Wort Endemanns, der sagt: „Unterlassen ist nicht reines Nichtstun, Unterlassen bedeutet Nichterfüllung einer bestimmten Rechtspflicht" und schließt aus diesen Erwägungen mit Recht, daß die Unterlassung ebenso ein Geschehnis in der Welt des Rechts und eine juristische Handlung sei wie das Begehungsdelikt, Aber er ist zu dieser Annahme eben nur auf Grund jener normativen Betrachtungsweise berechtigt und weist durch die

Darlegung, daß das echte Unterlassungsdelikt eine regelrechte juristische Handlung ist, gegen sich selbst siegreich nach, daß sie eben nicht „verwirklichter" menschlicher Wille, sondern nur ein Wirkliches im Rechtssinne ist, welch letzteres aber gemäß dem auf S. 15 des zweiten Bandes der Normen Gesagten immer ein Unwahrnehmbares ist.

Auf Schritt und Tritt macht sich ferner die Verwechselung von normativer und genetischer Betrachtung in der Art und Weise bemerkbar, in der Binding den Kausalitätsbegriff anwendet, wie sich, besonders deutlich an der Begründung zeigt, mit der er das Vorliegen einer mehrfachen Kausalität im Fall des inzestuosen Ehebruchs darzulegen versucht hat. So sagt er im Handbuch (S. 568): Es „liegen zwei scharf zu scheidende Handlungen und zwei ebenso scharf zu scheidende Ursachen verbrecherischer Erfolge vor. Nur muß man sich hüten, die Ursache ebenso äußerlich zu fassen, wie oben die „Handlung" in der zweiten Bedeutung gefaßt wurde. Die Ursache bildet mit ihrem Erfolg ein untrennbares Ganzes: soviel juristisch verschiedene Erfolge eintreten, so viel Ursachen derselben müssen vorhanden sein. Von den beiden Handlungen, die hier vorliegen, ist die eine Selbstverwirklichung des Ehebruchsvorsatzes und die Verletzung ehelicher Treue ist ihr Schlußerfolg: die andre ist die Verwirklichung des davon ganz verschiedenen Vorsatzes der Blutschande und die Familienschändung ist ihr Schlußerfolg. Wie gar nicht anders möglich, zeigt nun auch sorgfältige Analyse der Ursachen beider Verbrechen eine Verschiedenheit der Zusammensetzung, die man künstlich beseitigt um Ursachenidentität zu behaupten. Nicht ist der „Beischlaf" die gleiche Ursache beider verschiedenen Erfolge — logisch ein Unding! —, sondern der Beischlaf eines Blutverwandten mit einer Blutsverwandten ist die Ursache des Inzests, aber der Beischlaf eines Ehegatten mit einem Nicht-Gatten die Ursache des Ehebruchs. Unentbehrliche Bedingungen der ersten Ursache sind gleichgiltig für die zweite und umgekehrt." Binding geht also davon aus, daß Ursache im Rechtssinne keine rechtswertindifferente Beziehung zwischen Realitäten ist, sondern eine bereits unter dem Gesichtspunkt einer Norm gewertete Realität. Aber was bei der Idealkonkurrenz mehrfach vorliegt, das ist doch allein die rechtliche Wertung, wie gerade das von Binding gewählte Beispiel deutlich zeigt. Wir stehen also wieder vor der Wahl, entweder anzunehmen, daß die Ursache im Rechtssinne in der Tat nichts Reales, sondern nur ein unwahrnehmbares Rechtswirkliches ist, oder aber, wie hier behauptet wird, daß sie allein der realen Welt angehört und die Kausalität die Feststellung einer als solchen rechtswertindifferenten realen Beziehung

ist. Auf die Vorstellung der Ursache als einer Rechtswirklichkeit deutet die Mahnung Bindings, Ursache nicht so äußerlich zu fassen, wie der Handlungsbegriff von der herrschenden Meinung gefaßt wird, also den juristischen Begriff der Ursache durch einen Afterbegriff zu ersetzen, wie es nach seiner Meinung der natürliche Handlungsbegriff im Strafrecht ist (HB. S. 565. Bieser Begriff schwebt Binding vor, wenn er beim echten Unterlassungsdelikt feststellt, daß ihm das kausale Moment für alles reale Geschehen fehle (Normen II S. 104) und, wenn man darunter das völlige Abseitsbleiben vom äußeren Kausalverlauf verstehe, kausalitätslos genannt werden müsse (a. a. O. S. 108), daß jedoch für die gedankliche Beurteilung der Ereignisse die Kausalität ganz außer Zweifel stehe, woraus er eben schließt, daß es in der Rechtswelt als einer Welt der Gedanken ein wirkliches Ereignis sei (a. a. O. S. 106). Demgegenüber ist der schon gegen Sauer erhobene Einwand zu wiederholen, daß, welche Kausalitätstheorie man auch zu Grunde legt, Kausalbetrachtung auch für den Juristen immer Wirklichkeitsbetrachtung ist, freilich keine solche im naturwissenschaftlichen Sinne, sondern die kausale Anschauungsweise des täglichen Lebens, welche auch die Unterlassung als causa efficiens ansieht (Allfed Lb. S. 115). Dafür bietet Binding ja selbst eine Beispiel. Offenbar in der Absicht, zu zeigen, was als Ursache im Rechtssinne anzusehen ist, hat er seine Übergewichtstheorie aufgestellt (Normen I § 116), in der er darlegen will, welche von den zahllosen Realitäten, die als Bedingungen zu einem realen Erfolg geführt haben, als Ursache anzusehen ist. Deshalb kommt man mit der Anwendung dieser Theorie bei der Idealkonkurrenz, wie es nicht anders sein kann, zu dem Ergebnis, daß nur eine Ursache vorliegt. Daran kann selbst in den Fällen einer Erfolgsmehrheit kein Zweifel sein. Gesetzt, der A zertrümmert mit einem Schuß eine Fensterscheibe und verwundet den dahinter stehenden B, so ist in diesem Fall durch ein und dieselbe Bedingung eine Veränderung des Gleichgewichts zwischen den erstens von der Sachbeschädigung und zweitens den von der Körperverletzung abhaltenden und den zu dieser und zu jener hinwirkenden Bedingungen zugunsten der letzteren herbeigeführt worden.

Coenders, zu dessen in seiner Abhandlung über strafrechtliche Grundbegriffe gegebenen Definition bei der Erörterung der gleichartigen Idealkonkurrenz Stellung genommen wurde, macht in seiner neuen Schrift über Idealkonkurrenz [8]) Ausführungen, die sich mit der vorgetragenen Ansicht durch-

8) Über Idealkonkurrenz, ein Vorschlag zum neuen Strafgesetz, 1921.

aus decken, weil in ihnen das Problem mit der normativen Methode gelöst erscheint, aber an mehreren Stellen dringt doch wieder eine realistische Betrachtung durch, die zu einer Lösung niemals führen kann. So ist es ganz im Sinne des verteidigten Standpunktes, wenn er die Gleichung aufstellt (Idealkonkurrenz S. 29): Handlung-strafbare Handlung-Verletzung des Strafgesetzes-Verbrechen, und wenn er den zutreffenden Satz: „Die Fälle der Idealkonkurrenz haben auf rechtlichem Gebiete überhaupt keine beachtenswerte Eigenart" damit begründet, daß „auch in den Fällen der Idealkonkurrenz es sich wirklich und wesentlich um mehrere Gesetzesverletzungen handle." Da eine Gesetzesverletzung wie jede Pflichtverletzung etwas Unwahrnehmbares ist, so wird mit jener Gleichung zugleich die Idealität der juristischen Handlung und damit auch ihrer Species, des Verbrechens, ausgesprochen. Der Erkenntnis, daß es sich demnach bei der Idealkonkurrenz als Handlungs- und Verbrechensmehrheit nur um ein Mehrfaches in der gedanklichen Rechtswelt handelt, entspricht es, wenn Coenders S. 31 der Abhandlung über die Idealkonkurrenz sagt: „Zweifellos gibt es Fälle, in denen mehrere Gesetzesverletzungen in ihrem Tatbestande eine einheitliche Aktion bilden. Aber deshalb liegt kein Grund vor, sie nur als eine Gesetzesverletzung zu beurteilen. Den tatsächlichen Vorgängen soll und kann in unseren Ausführungen nicht etwa irgendeine Gewalt widerfahren. Sie werden nicht etwa künstlich verdoppelt." Diesem Gedanken widerspricht er durch sein Bemühen darzutun, daß auch die Betrachtung der bei der Idealkonkurrenz vorliegenden Wirklichkeit gar keine Veranlassung geben könne, an der realen Verbrechensmehrheit zu zweifeln; es liegen nach seiner Darstellung vielmehr so sehr mehrere reale Verbrechen vor, daß ihm der Ausdruck „Ideal"konkurrenz in jedem Falle, auch hinsichtlich des inzestuosen Ehebruchs, ungerechtfertigt erscheint. Es ist nun zwar unanfechtbar, wenn er zur Begründung am Beispiel des inzestuosen Ehebruchs zunächst ausführt (S. 12): „Unverkennbar sind für jede der genannten gesetzlichen Bestimmungen die wesentlichen Merkmale des Verbrechens in so durchaus realer und so wenig idealer Weise gegeben, daß ein Zweifel daran eigentlich gar nicht möglich ist." Gewiß, jedes Delikt hat, von seinem Standpunkt aus, sein Factum, als dessen Wertung es sich darstellt. Aber es läßt sich doch nicht verkennen, daß hier in der Wirklichkeit nur eines gegeben ist und daß die eine Realität nur zweifach gewertet wird, nämlich einmal als Substrat der Verletzung des Strafgesetzes wider Ehebruch und das andere Mal als Substrat der Verletzung des Strafgesetzes wider Blutschande. Es ist deshalb falsch oder zumindestens schief, wenn

Coenders fortfährt: „Der Umstand, daß die Tatbestände der verschiedenen Verbrechen äußerlich eine Einheit bilden, nimmt ihnen nicht ihre Realität.“ Denn hier sind nicht mehr Realitäten gleichsam wie zwei wesentliche Bestandteile im Sinne des BGB. zu einer einheitlichen Sache untrennbar zusammengeschweißt, sondern es ist eben „ein und dieselbe“ Realität, die beiden Verbrechen zu Grunde liegt, es ist nicht der Begriff der Einheit im Sinne von Einheitlichkeit oder, wie Binding meint, Gleichzeitigkeit (HB. S. 575/6), sondern der Identität, der das Faktum im Lichte der tatsächlichen Betrachtung unterliegt. Deshalb verhalten sich in tatsächlicher Hinsicht Ideal- und Realkonkurrenz wie Einzahl und Mehrzahl, und es läßt der zwischen beiden Konkurrenzarten angeblich auch für die rechtliche Betrachtung bestehende Unterschied sich nicht dadurch als nicht vorhanden nachweisen, daß man den Fällen der Idealkonkurrenz dieselbe Realität zuschreibt, wie sie bei der Realkonkurrenz vorliegt, sondern es gilt zu erkennen, daß die Realkonkurrenz nur deshalb eine Verbrechensmehrheit ist, weil bei ihr, was ja nicht selbstverständlich ist, die mehreren Realitäten auch mehrere Gesetzesverletzungen bedeuten. Und weil es eben nur auf die Zahl der Rechtswirklichkeiten, nicht auf die der realen Vorgänge ankommt, Ideal- und Realkonkurrenz aber beides Mehrheiten juristischer Handlungen sind, darum darf mit Coenders, Binding [9]) und Hälschner [10]) behauptet werden, daß ein wesentlicher Unterschied zwischen den beiden Arten des Zusammentreffens nicht besteht.

9) HB. S. 570.

10) Das gemeine deutsche Strafrecht Bd. I S. 672: „Wenn aber die Unterscheidung der Ideal- und Realkonkurrenz insofern als eine berechtigte anzuerkennen ist, als unleugbar konkurrierende Delikte entweder aus einer Handlung oder aus mehreren hervorgehen, so muß ihr doch jeder rechtliche Wert abgesprochen werden.“

Besonderer Teil.

§ 6.

Die dem geltenden Recht zu Grunde liegende Ansicht.

Es ist bei der Untersuchung des Problems der eintätigen Verbrechenskonkurrenz vermieden worden, auf ihre Behandlung durch den Gesetzgeber einzugehen oder gar von ihr den Ausgang zu nehmen. Ein solches Verfahren würde unzulässig sein. Denn nicht nur vom Standpunkt der bekämpften Ansicht, die den Verbrechensfall in einer Veränderung der Außenwelt findet, sondern auch im Sinne der hier verteidigten Ansicht ist der Begriff des Verbrechens im Rechtssinne kein solcher, den der Gesetzgeber schafft und der deshalb aus einem konkreten Normengehalt zu gewinnen wäre. Mit dem Nachweis, daß das Verbrechen im Rechtssinne nichts weiter als eine normative Unwertbedeutung, daß es Normwidrigkeit, Zuwiderhandlungen ist, ist dargetan, daß es zugleich mit dem Begriffe des Rechts selbst gesetzt ist. Denn wie schon früher ausgeführt wurde, ist in dem Begriffe der Norm zugleich der Begriff der Normübertretung enthalten oder, um noch einmal Schoetensack zu zitieren, „im Wesen des Rechts liegt es begründet, daß es Unrecht gibt." Gehört aber sonach der Begriff des juristischen Verbrechens der juristischen Grundlehre an, so liegt er, wie der Begriff des Rechts, aller Rechtsschöpfung und Rechtsbetrachtung notwendig zu Grunde, mögen sich Gesetzgeber und Gesetzesausleger seiner bewußt sein oder nicht. Wie ein Handwerker imstande sein mag, diesen oder jenen Gegenstand zu verfertigen, jedoch nichts darüber vermag, daß der von ihm gefertigte Stuhl ein Stuhl und nicht ein Tisch zu nennen ist, so liegt es zwar in der Macht des Gesetzgebers, aus allen möglichen Handlungen Verbrechen zu machen, aber was im Rechtssinne als ein Verbrechen zu erachten sei, darüber kann er höchstens wie jeder Rechtsgelehrte eine zutreffende oder unzutreffende Meinung haben und unter ihrem Einfluß eine mehr oder weniger angemessene Regelung treffen, aber nichts mit Verbindlichkeit verordnen. Dies vorausgeschickt, läßt sich zwar nicht behaupten, daß der Gesetzgeber in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise die hier vertretene Ansicht als die seinige anerkannt hat, aber eine Reihe von Gründen machen es sehr wahrscheinlich, daß sie dem Gesetz zu Grunde liegt. Als gewiß kann zunächst angesehen werden, daß die von Buri und von Sauer vertretene Auffassung nicht die

des Gesetzes ist. Denn mag man den Verbrechensfall mit einer Realität identifizieren oder der juristischen Handlung gleichsetzen, jedenfalls kann nicht zweifelhaft sein, daß unter Handlung im Sinne der §§ 73, 74 StGB. die Handlung im natürlichen Sinne zu verstehen ist, das wahrnehmbare körperliche und als solches wertindifferente Verhalten, das einen Entschluß und eine Veränderung in der Außenwelt kausal verbindet oder, wie Binding sagt (HB. S. 574): „der zwischen Entschluß und Erfolg liegende Abschnitt." Nur so vermag ja die e i n e Handlung den mehreren Gesetzesverletzungen gegenübergestellt zu werden. Vom Standpunkt der natürlichen Betrachtung aus liegt nicht der mindeste Grund vor, bei ungleichartiger oder, ihre Möglichkeit einmal unterstellt, bei gleichartiger eintätiger Konkurrenz mehrere Handlungen anzunehmen und zu bezweifeln, daß, um einen volkstümlichen Ausdruck zu gebrauchen, hier mehrere Fliegen mit einer Klappe geschlagen, mit einer Handlung mehrere Erfolge erreicht sind. Nur die juristisch-normative Betrachtung, der Blick auf die mehreren Gesetzesverletzungen kann dazu führen, mehrere Handlungen anzunehmen, also Handlungen, deren Existenz und Einheit zumindestens nicht nur von der sinnlichen Wahrnehmung, sondern auch der rechtlichen Würdigung abhängt und die also nicht, wie § 73 voraussetzt, nach Einheit und Mehrheit gegenüber der Zahl der Gesetzesverletzungen ganz und gar selbständig sind.

Dagegen erweckt die Fassung der §§ 73, 74 StGB. allerdings zunächst den Anschein, als habe der Gesetzgeber der Liszt'schen Ansicht Ausdruck geben wollen. Denn er spricht wohl in § 74 von mehreren Verbrechen und Vergehen, verwendet dagegen in § 73 den ziemlich neutralen Ausdruck „Gesetzesverletzung". Dieser Umstand könnte indessen nur dann als ein entscheidendes Argument zu Gunsten Liszts angesehen werden, wenn den Gesetzgeber nichts anderes als eben die Annahme der Liszt'schen Ansicht zu dieser Fassung veranlaßt haben könnte. Binding macht jedoch auf ein sehr beachtliches Moment aufmerksam, das den Gesetzgeber, auch wenn er der gegenteiligen Ansicht gewesen ist, veranlaßt haben kann, in § 73 die Bezeichnung „Gesetzesverletzung" zu gebrauchen. Dem Gesetzgeber steht ja der Ausdruck „Verbrechen" nur in einem technischen Sinne zu Gebote, nicht in der hier gebrauchten, Verbrechen, Vergehen und Übertretungen umfassende Bedeutung. Er könnte sich also nicht damit begnügen zu sagen: „Wenn ein und dieselbe Handlung mehrere Verbrechen . . . ", sondern er müßte sagen: „Wenn ein und dieselbe Handlung mehrere Verbrechen, Vergehen oder Übertretungen enthält." Dieser zweifellos sehr schwerfälligen Ausdrucksweise enthebt ihn die Bezeichnung „Gesetzesver-

letzung“ und nur sie, da die in der Überschrift des fünften Abschnittes gebrauchte Bezeichnung „Strafbare Handlung“ aus stilistischen Gründen erst recht nicht in Betracht kommt (Binding HB. S. 572 Anm. 11). Die naheliegende Frage, warum der Gesetzgeber nicht in § 74 durch die Wahl jenes Ausdrucks die schwerfällige Doppelbezeichnung „Verbrechen oder Vergehen“ vermeidet, beantwortet sich ohne weiteres dahin, daß von dem in § 74 statuierten Asperationsprinzip die Übertretungen ausgenommen werden sollten und also die Verwendung des sie mitumfassenden Ausdrucks „Gesetzesverletzung“ nicht angängig war. Beweist sonach die Verschiedenheit in der Bezeichnung des Verbrechens nichts gegen die Annahme, daß der Gesetzgeber die Idealkonkurrenz als Verbrechensmehrheit ansieht, so spricht andrerseits die Aufnahme der Idealkonkurrenz in den fünften Abschnitt und seine Überschrift entscheidend für sie. Es könnte für die hier verfochtene Ansicht keine bessere gesetzliche Fassung vorgeschlagen werden als eben diese Überschrift, die beide, Ideal- wie Realkonkurrenz, als ein Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen bezeichnet. Denn dadurch, daß der zwischen beiden bestehende Unterschied in der Realität beiseite gelassen und auch die Realkonkurrenz, diese unzweifelhafte Mehrheit von „Verbrechensfällen“ ganz wie die Idealkonkurrenz nur als eine Mehrheit von „strafbaren“ Handlungen bezeichnet wird, ist auf das Bündigste zum Ausdruck gebracht, daß das konkrete Verbrechen, der Verbrechensfall, mit der Gesetzesverletzung, einer Einheit in der Rechtswirklichkeit, nicht mit einer Einheit in der Realität, für die sinnliche Wahrnehmung, identisch und daß die Idealkonkurrenz deshalb eine regelrechte Verbrechensmehrheit ist, weil auch die Realkonkurrenz nur aus dem gleichen Grunde, um ihres Charakters als einer Mehrheit von Gesetzesverletzungen willen, eine Verbrechensmehrheit darstellt. Zugleich wird durch den Ausdruck „Strafbare Handlung“, dessen Verwendung sich in der Überschrift nicht durch stilistische Rücksichten verbietet, der Charakter des Verbrechens als einer juristischen Handlung in wünschenswerter Weise unterstrichen. Wie die Überschrift lauten müßte, wenn der Gesetzgeber auf dem Boden der Liszt'schen Ansicht stünde, zeigen der Vorentwurf und der Gegenentwurf, die ihre die Konkurrenz behandelnden Abschnitte überschreiben: „Zusammentreffen mehrerer Strafgesetze und mehrerer strafbarer Handlungen.“ (VE 9. Abschnitt, GE 7. Abschn.) Zugunsten der verteidigten Ansicht spricht schließlich das Wenige, das die Motive zu dem Entwurfe eines Strafgesetzbuchs für den norddeutschen Bund über seinen § 71, den späteren § 73 des Gesetzbuchs, sagen (S. 78). Es heißt dort: „Der

§ 71 erkennt den Satz des gemeinen Rechts, daß bei Idealkonkurrenz nur auf die Strafe des schwereren Verbrechens zu erkennen sei, mit der Erweiterung an, daß wenn die mehreren Strafgesetze ungleichartige Strafen androhen, dasjenige von ihnen zur Anwendung kommt, welches die schwerste Strafart androht, ohne Rücksicht auf die Dauer, in welcher die letztere angedroht ist.“ Der Gesetzgeber will sich also offenbar nicht in Widerspruch zu der in der Wissenschaft des gemeinen deutschen Strafrechts herrschenden Meinung setzen, die, wie in den einleitenden geschichtlichen Bemerkungen festgestellt wurde, noch mehr als heute in der Idealkonkurrenz eine Verbrechensmehrheit erblickte, sondern er will ihr folgen auch hinsichtlich der von ihr überwiegend verlangten Art der Bestrafung, nämlich der Anwendung des Absorptionsprinzips. Deshalb heißt es in den Motiven nicht, wie man vom Standpunkt der Liszt'schen Meinung erwarten müßte, es solle von den mehreren anwendbaren Strafgesetzen zur Bestrafung des einen Verbrechens das die schwerste Strafe androhende Gesetz verwandt werden, sondern der Gesetzgeber spricht von der Strafe des schweren Verbrechens, er geht also, den Ausdruck „Verbrechen“ im allgemeinen wissenschaftlichen Sinne nehmend, von mindestens zwei Verbrechen aus und will für die Bestrafung der m e h r e r e n Verbrechen eine Vorschrift geben. Wenn demnach anzunehmen ist, daß der Gesetzgeber bei seiner Regelung von der damals und auch heute noch herrschenden Meinung ausgegangen ist, so läßt sich freilich nicht bestreiten, daß er die von ihm angenommene Lehre in einem wichtigen Punkte, nämlich bezüglich der sogenannten gleichartigen Idealkonkurrenz nicht zum Gesetz erhoben hat. Die herrschende Meinung füllt diese angebliche Lücke mit Hilfe der Analogie aus. Richtiger Ansicht nach ist diese jedoch nicht zulässig, weil die gleichartige Idealkonkurrenz einen Fall des Zusammentreffens mehrerer Verbrechen nicht bildet und also der Gesetzgeber, wenn auch wahrscheinlich ungewollt, mit ihrer Nichterwähnung sachlich das Richtige getroffen hat. Zugleich ergibt sich hieraus, daß aus diesem Umstande zu Gunsten der Liszt'schen Meinung nichts Entscheidendes hergeleitet werden kann.

Kann demnach weder aus der Fassung der §§ 73, 74 noch aus ihrem Schweigen über die gleichartige Idealkonkurrenz etwas für die Liszt'sche Ansicht gefolgert werden, so scheint es zunächst, als ob die durch jene Bestimmungen vorgeschriebene Bestrafung der Konkurrenz zu der Annahme zwinge, daß der Gesetzgeber sich von jener Meinung habe leiten lassen oder daß sie jedenfalls allein die gesetzliche Regelung rechtfertige. Denn für ein Strafrecht, das, wie eine neue

Lehre will, in dem Verbrechen nur ein Symptom verbrecherischer Gesinnung findet und demgemäß dieses nur zum Anlaß nimmt, den Verbrecher lediglich nach Maßgabe der bei ihm festgestellten Charakterfehler und ihrer Heilungsmöglichkeit einer „Bestrafung" zu unterwerfen, sowie für ein Strafrecht, das ausschließlich der Abschreckung dienen will, ist die Zahl der Verbrechen als Maßstab für die Zahl der Strafen bedeutungslos.[1]) Wenn jedoch ein Strafgesetzgeber die Notwendigkeit anerkennt, nach Maßgabe der begangenen Verbrechen zu strafen und ferner die Bestrafung so einzurichten, daß sie gerecht ist im Sinne sittlicher Vergeltung, — und dieser richtige Standpunkt liegt dem geltenden Recht und auch, wie die Abstufung ihrer Strafrahmen und die Beibehaltung verschiedener Strafarten beweist, den Entwürfen zu Grunde —, so darf für ihn und die Ausleger seines Gesetzes die Frage von Verbrechenseinheit und -mehrheit nicht gleichgültig sein, da er alsdann zwei Forderungen der Gerechtigkeit zu beachten hat, erstlich, daß wegen ein und desselben Verbrechens nicht zwei Mal gestraft werde, und zweitens, daß jedes der begangenen Verbrechen seine ihm gebührende Strafe finde, ein Grundsatz, der mit der lateinischen Sentenz: „Quot crimina, tot poenae" ausgedrückt zu werden pflegt. Die unbedingte Gültigkeit des ersten Satzes unterliegt keinem Zweifel, denn, wie Baumgarten es treffend ausgedrückt hat (S. 87): „Die Strafe verzehrt das Verbrechen für das Auge des irdischen Richters wie die Flamme das Holz." Aber nicht nur diesem Satz, sondern auch dem andern, daß jedes Verbrechen seine Strafe finden müsse, wird man die Bedeutung einer ethischen Erkenntnis von unmittelbarer Evidenz beilegen müssen und ihn, mit einer Ausnahme, als allgemeingültig aufstellen dürfen, der Ausnahme nämlich, daß hinsichtlich eines der mehreren Verbrechen sich wegen seiner Leichtigkeit und Verzeihlichkeit ein Absehen von Strafe rechtfertigt. Das geltende Recht trifft nun folgende Regelung. Bei Idealkonkurrenz soll nur auf eine Strafe erkannt und zwar soll sie dem schwersten der verletzten Strafgesetze entnommen werden. Bei Realkonkurrenz dagegen ist, wenn Todesstrafen, lebenslängliche Freiheits- und Geldstrafen zusammentreffen, ferner, wenn Haftstrafe neben einer anderen Freiheitsstrafe oder Festungshaft neben Gefängnis verwirkt

1) Es dürfte deshalb berechtigt sein, wenn Höpfner (Einh. u. Mehr. Bd. I S. 7) die Gleichgültigkeit des römischen Strafrechts gegenüber dem Problem der Konkurrenz unter anderem auch darauf zurückführt, daß dieses in hohem Maße von dem Gedanken der Abschreckung beherrscht war, wie sich aus der Zusammenstellung der gegen schwerere Verbrechen angedrohten Strafen und Strafarten in Mommsens Römischem Strafrecht (1899, S. 1045) ergibt.

ist, wegen jedes Verbrechens eine besondere Strafe zu verhängen; aber auch dann, wenn, ohne daß die erwähnten Ausnahmen der §§ 75, 76 StGB. vorliegen, mehrere zeitige Freiheitsstrafen verwirkt sind, ist zwar im Ergebnis auf eine Strafe zu erkennen, jedoch ist auch in diesem Fall zunächst für jedes der mehreren Verbrechen die ihm gebührende Strafe festzustellen und erst auf Grund dieser sogenannten Einsatzstrafen eine Gesamtstrafe auszusprechen, die in einer Erhöhung der verwirkten schwersten Strafe besteht. Der Gesetzgeber bringt also bezüglich der Realkonkurrenz auch in den Fällen, in denen er statt des Kumulations- das Asperationsprinzip anzuwenden befiehlt, den Grundsatz des „Parallelismus von Verbrechen und Strafe" (Höpfner) mit aller Deutlichkeit zum Ausdruck. Die gesetzliche Regelung stimmt demnach mit den praktischen Konsequenzen, die sich für die Bestrafung der Idealkonkurrenz aus der Liszt'schen Ansicht ergeben, sehr gut überein, insofern da, wo nach ihr nur ein Verbrechen vorliegt, auch nur eine Strafe verhängt werden darf. Gleichwohl läßt sich aus ihr nicht der Schluß ziehen, daß der Gesetzgeber sich jene Ansicht zu eigen gemacht und die Verhängung der einen Strafe in der Erkenntnis vorgeschrieben habe, daß in Anbetracht der Verbrechenseinheit eine „Mehrheit staatlicher Strafansprüche eine Ungeheuerlichkeit" (Liszt Lb. S. 343) sei. Wie sich aus der oben zitierten Stelle der Motive ergibt und bereits betont wurde, wollte der Gesetzgeber mit seinem Gesetz im Einklang mit der im gemeinen Recht herrschenden Anschauung bleiben. Wenn nun auch in der gemeinrechtlichen Wissenschaft, was das Wesen der Idealkonkurrenz anbetraf, bis zum Ende des 18. Jahrhunderts unbestrittene und auch im 19. Jahrhundert es noch durchaus herrschende Ansicht war, daß jene Konkurrenzart eine Verbrechensmehrheit darstellt, so war man bezüglich ihrer strafrechtlichen Behandlung schon vor und zur Zeit der Carolina *) überwiegend der Meinung, daß die Anwendung des Absorptionsprinzips gleichwohl geboten sei. Man erkannte den Satz: „Quot crimina, tot poenae" zwar als oberste Regel an, machte aber zugunsten des Grundsatzes „Poenae major absorbet poenam minorem" Ausnahmen und zwar für den Fall des fortgesetzten Verbrechens, der gleichzeitigen Unvollziehbarkeit mehrerer Strafen, der sogen. Inkompatibilität, und des idealen oder, wie es auch hieß, formalen Zusammentreffens (Höpfner I S. 56). Man hielt also im gemeinen Recht die Verhängung der schwersten der durch die mehreren Verbrechen

*) Heffter, Lehrbuch des gemeinen deutschen Criminalrechts (3. Aufl. 1846 § 164 (S. 145), und Mittermaier in N. I. zu § 126 des Feuerbach'schen Lehrbuchs 14. Ausgabe 1847 S. 212), welche auf Gandinus (13. Jhrh.), Bonifacius (15. Jhrh.) und Julius Clarus (16. Jhrh.) verweisen.

verwirkten Strafen nicht deshalb für notwendig, weil man in der Idealkonkurrenz nur ein Verbrechen darin sah, sondern obwohl man deren mehrere als vorliegend erachtete. Zur materiellrechtlichen Begründung dieser Ausnahme stützte man sich auf die Artikel 108 und 163 der CCC, die jedoch beide nur einen besonderen Fall behandelten, nicht etwa das Absorptionsprinzip allgemein für Idealkonkurrenz statuierten, und von denen überdies nur der erstgenannte Artikel sich auf einen Fall der Idealkonkurrenz bezog, während Art. 163 einen Fall des Zusammentreffens mehrerer Schärfungsgründe betraf.[2]) Einhelligkeit über diese unterschiedliche Bestrafung von Ideal- und Realkonkurrenz bestand jedoch keineswegs, vielmehr standen neben jener herrschenden Lehre, — die drei möglichen Grundsätze der Bestrafung, der Kumulation, Asperation und Absorption auf alle erdenkliche Weise variierend —, die mannigfaltigsten Ansichten in Theorie und Praxis, von denen die landesrechtlichen Gesetzbücher und Entwürfe des neunzehnten Jahrhunderts ein anschauliches Bild geben[3]). Insbesondere wurde eine gleichartige Behandlung von Ideal- und Realkonkurrenz nicht nur im Sinne des Kumulations-, sondern auch im Sinne des Absorptionsprinzips für richtig gehalten, wie sie sich dem Wortlaute nach noch heute im französischen[4]) und belgischen[5]) Rechte findet. Dieser Umstand, Anwendung des Absorptionsprinzips auf Realkonkurrenz, zeigt, wie wenig für die Frage, welche Ansicht von der Idealkonkurrenz bei der Regelung ihrer Bestrafung den Gesetzgeber geleitet hat, die Feststellung besagen würde, daß unser Strafgesetzbuch die An-

---

2) Artikel 108 S. 1 u. 2: Item bricht eyner eyn geschworne vrphede mit sachen vnnd thatten, darumb er vnser Keyserlichen recht und diser ordnung nach, zum todt on das mocht gestrafft werden, der selben todtstraff soll volg geschehen. So aber eyner eyn urphede mit sachen darum er das leben nit verwürckt hat, fürsetzlich vnd freuenlich verbrech, der soll als eyn meyneydiger mit abhawung der handt oder finger vnd anderm . . . gestrafft werden.

Art. 163: Item wo bei einem diebstall mer dann eynerley beschwerung, so in den vorgesatzten artickeln vnderschiedlich gemelt sein, erfunden würden, ist die straff nach der meynsten Beschwerung des diebstalls zu erkennen. Zitiert nach der Reklam'schen Ausgabe, hrsg. von Radbruch.

3) Mittermaier gibt in seiner zweiten Note zum § 126 des Feuerbach'schen Lehrbuchs eine kurze Übersicht.

4) Code d'instruction Art. 363: En cas de conviction de plusieurs crimes ou délits, la peine la plus forte sera seule prononcée.

5) Art. 62: „En cas de concours de plusieurs crimes, la peine la plus forte sera seule prononcée". — Für Vergehen allerdings wird, Art. 61, Kumulation, begrenzt durch das doppelte Maximum der schwersten Strafe, vorgeschrieben. Geldstrafen sind nach beiden Rechten unbeschränkt zu kumulieren.

wendung jenes Prinzips in § 73 vorschreibt. In der Tat jedoch statuiert das deutsche Strafrecht für die Idealkonkurrenz nicht das strenge Absorptionsprinzip, das allein eine Durchbrechung des richtig verstandenen Parallelismus von Verbrechen und Strafe enthalten würde, nicht. Denn dieses würde eine Vorschrift nach Art der im französischen und belgischen Recht gegebenen Bestimmungen erfordern, die gebietet, nur die schwerste der verwirkten Strafen auszusprechen, und obwohl auch damit genau genommen eine Mehrheit konkreter Verbrechen vorausgesetzt würde, — denn nur in diesem Falle könnten gerechterweise mehrere Strafen als verwirkt angesehen werden und also ein Gegenstand der Aufzehrung durch die strengste Strafe gegeben sein, so ließe sich alsdann doch darüber streiten, ob damit nicht eine nur vom Liszt'schen Standpunkt aus zu rechtfertigende sachliche Regelung getroffen wäre und also diese, ungeachtet des entgegenstehenden gesetzgeberischen Willens zu Grunde zu legen sei. Tatsächlich enthält nun unser Strafgesetzbuch das Absorptionsprinzip in jenem strengen Sinne nicht. Indem § 73 vorschreibt, es solle nur das schwerste der verletzten Strafgesetze zur Anwendung kommen, statuiert er, wenn man hier noch von Absorption reden will, nur die Absorption der Strafdrohungen. Er nimmt also dem Richter nicht die Möglichkeit, alle durch eine Handlung begangenen Verbrechen zu bestrafen, sondern er nimmt ihm nur die Möglichkeit, für die Strafzumessung die Strafrahmen der leichteren Verbrechen ebenfalls zu benutzen, und zwingt ihn, die mehreren Verbrechen nur mit einer Strafe zu belegen. Daraus aber ergibt sich, daß der Gesetzgeber, mag er die Durchbrechung des Gundsatzes „Quot crimina, tot poenae" gewollt haben, — wie nach den Motiven wahrscheinlich —, oder nicht, diesen Willen jedenfalls nicht zwingend kundgetan hat. Denn es ist im Anschluß an Höpfner (I S. 4, ebenso Dohna, Reform S. 408) darauf hinzuweisen, daß eben der Parallelismus von Verbrechen und Strafe mit dem Kumulationsprinzip nicht identisch ist. Wie oben ausgeführt, bedeutet er nur die Forderung, daß jedes Verbrechen die ihm gebührende Strafe finde, und diese Forderung kann der Richter, wenn auch in schwersten Fällen nur in beschränktem Maße, auch auf Grund des § 73 StGB. erfüllen.

§ 7:

Die praktischen Konsequenzen aus den Ansichten über das Wesen der Idealkonkurrenz für die Anwendung des geltenden Rechts.

Wie sich schon aus den früheren Darlegungen ergibt, muß der § 73 StGB. je nach der Stellung, die sein Ausleger im Meinungsstreit über das Wesen der Idealkonkurrenz einnimmt, eine ganz verschiedene Bedeutung erhalten. Für den konsequenten Anhänger der Liszt'schen Ansicht ist die Regelung des § 73 die notwendige Folgerung aus der gegebenen Verbrechenslage. Es liegt nur ein Verbrechen vor, das den Tatbestand mehrerer Strafgesetze vollständig erfüllt, jedoch von keinem von ihnen in seinem ganzen Umfange umfaßt wird. Da es also zunächst an einem dem Verbrechensfall entsprechenden besonderen Tatbestand überhaupt fehlt, sodann das eine Verbrechen selbstverständlich nur einen staatlichen Strafanspruch begründen und also nur auf Grund eines Strafgesetzes geahndet werden kann, so bleibt, um erstens überhaupt eine Bestrafung des in seiner Besonderheit ja vom Strafgesetzgeber nicht vorgesehenen und mithin an und für sich auch nicht mit Strafe bedrohten Verbrechens, und zweitens eine wenigstens annähernd gerechte Bestrafung herbeizuführen, nur „ein, freilich gewaltsamer und wenig befriedigender Ausweg" (Liszt-Schm. S. 343). § 73 wäre also weiter nichts als eine „Aushilfsregel" (Liszt-Schm. a. a. O.) aber, wie sich aus dem Bisherigen ergibt, keineswegs nur eine Regel für die Strafzumessung. Wenn jedoch die Idealkonkurrenz eine Verbrechensmehrheit ist, dann und nur dann bedeutet § 73 lediglich die Anordnung eines bestimmten Bestrafungsprinzips für gewisse Fälle der Verbrechensmehrheit und hat mithin lediglich für die Strafzumessung Bedeutung, während in anderer Beziehung die Idealkonkurrenz, sofern nicht eine gesetzliche Bestimmung entgegensteht, ganz so wie die Realkonkurrenz zu behandeln ist. Daraus folgt, daß, wenigstens soweit es sich nicht um Fragen der Strafzumessung handelt, bei folgerichtiger Durchführung der sich bekämpfenden Meinungen dem Problem der Idealkonkurrenz eine große praktische Bedeutung zukommen müßte. Das zeigt sich sogleich bei der Frage, welche Bedeutung der in § 73 getroffenen Anordnung, das strengste Strafgesetz solle Anwendung finden, beizulegen ist. Ein Strafgesetz anwenden, das kann heißen, auf Grund seiner verurteilen und bestrafen, und diese Bedeu-

tung dürfte die nächstliegende sein. Dem Ausdruck läßt sich jedoch auch die engere Deutung geben, daß nur aus diesem Gesetze die Strafe für die mehreren Gesetzesverletzungen entnommen werden soll, während die mit den leichteren Delikten verbundenen Strafdrohungen zur Bestrafung nicht verwandt werden sollen. Sofern Gegenstand der Bestrafung nur ein atypisches Verbrechen ist, müßte dem Ausdruck des Gesetzes die weitere Deutung gegeben werden. Denn wegen eines Verbrechens verurteilen heißt feststellen, daß es begangen ist. Diese Feststellung läßt sich aber vom Standpunkt der Liszt'schen Ansicht nicht treffen und es bleibt deshalb, wie hinsichtlich der Bestrafung, so auch hinsichtlich der Verurteilung nur der schon angegebene gewaltsame Ausweg, daß der Angeklagte des schwersten Verbrechens für schuldig erklärt wird. Nur Heinemann (S. 95), Jakobs [1]) und Buri (a. a. O. S. 110) ziehen diese selbstverständliche Konsequenz. Von seinem Standpunkt durchaus mit Recht, sieht Heinemann in einer wegen aller idealkonkurrierenden Verbrechen erfolgenden Bestrafung eine Verletzung der Grundprinzipien des Strafrechts (eod. 10 c). Alle anderen Schriftsteller der Lisztschen Richtung erkennen als eine Selbstverständlichkeit an, was sich nur bei Annahme einer Verbrechensmehrheit rechtfertigen läßt, nämlich daß der Angeklagte wegen aller von ihm in Idealkonkurrenz begangenen Verbrechen für schuldig gesprochen werde. Höpfner erscheint die Logik Heinemanns unfaßbar, denn „in der Unterstellung der Handlung unter mehrere Begriffe, deren jeder das nur einmal vorhandene Tatbestandsmerkmal erfordert, liegt doch nicht die Behauptung, daß jenes Merkmal mehr als einmal vorhanden sei, sodaß dem Angeklagten Nichtvorhandenes zugerechnet würde" (II S. 73). Höpfner verkennt damit das Wesen des Schuldspruchs als einer Feststellung, daß dieses oder jenes konkrete Verbrechen begangen sei. Der Schuldspruch ist eben mehr als die Unterstellung unter einen Begriff, wie ja schon daraus erhellt, daß er bei der Realkonkurrenz, abgesehen von der gebräuchlichen Apposition „in Tateinheit" nicht anders lautet als bei der Idealkonkurrenz. Aber er ist eben andrerseits der Hauptsache nach auch gar keine tatsächliche Feststellung, sondern ein Wertausdruck, ein Ergebnis normativen Denkens, unter dessen Einfluß die Tenorierung der Praxis im Falle der Idealkonkurrenz nicht nur nicht ungerecht, sondern als selbstverständliche Folge der Gerechtigkeit erscheint.

Wenn die Idealkonkurrenz eine Mehrheit von Verbrechensfällen darstellt, so ist es selbstverständlich, daß jedes der

1) Die Idealkonkurrenz, Diss. Erlangen 1897, S. 51.

konkurrierenden Verbrechen die Voraussetzung für ein Rückfallverbrechen bilden kann. Ebenso selbstverständlich sollte es sein, daß vom Liszt'schen Standpunkt aus nur ein einziges die Grundlage für einen Rückfall zu bilden vermag, als welches angesichts des § 73 nur das schwerste in Betracht kommen könnte. Denn der Rückfall setzt, unter welchen Voraussetzungen immer ein Strafrecht ihn als Strafzumessungsgrund verwenden mag, mit begrifflicher Notwendigkeit mindestens dies voraus, daß der Delinquent bereits einmal ein, je nach der gesetzlichen Regelung, beliebiges oder mehr oder weniger gleichartiges Delikt begangen hat. Hieraus folgt, daß vom Standpunkt Liszts aus von zwei idealkonkurrierenden, unter den gesetzlichen Voraussetzungen des Rückfalls begangenen Verbrechen doch nur eines als im Rückfall begangen angesehen werden kann, wenn die zwei früheren, den Rückfall an sich begründenden Verbrechen nur in Idealkonkurrenz begangen waren. Das ist nicht nur eine begriffliche Folge aus dem Begriff des Rückfalls, über die sich der Praktiker hinwegsetzen könnte, sondern es ist auch eine Folge aus dem Grundsatz, daß kein Verbrechen zwei Mal bestraft werden kann. Betrachtet man nämlich jedes der beiden Verbrechen als im Rückfall begangen, nimmt aber gleichwohl an, daß beiden Verbrechen nur ein einziges vorangegangen ist, so behandelt man den Verbrecher nachträglich wegen dieses einen Verbrechens ganz ebenso, als hätte er zwei begangen. Wenn Vertreter der Liszt'schen Ansicht davon ausgehen, daß auch von ihrem Standpunkt aus die Idealkonkurrenz zwar nur ein, jedoch ein wegen der Mehrheit seiner kriminalistischen Beziehungen viel strafwürdigeres Verbrechen darstelle als der einfache Verbrechensfall, daß wegen aller dieser Beziehungen zu verurteilen und zu bestrafen sei, so vermag dies ihre gegenteilige Meinung nicht zu rechtfertigen. Es kann nicht genügen, wie Baumgarten meint (a. a. O. S. 96), „daß der Täter wegen einer Handlung, welche sich unter die Kategorie des betreffenden Deliktes subsumieren läßt, eben mit Rücksicht auf diese Subsumierbarkeit bestraft worden ist." Denn selbst wenn man, was falsch wäre, die Verurteilung wegen aller Gesetzesverletzungen als mit dem Liszt'schen Standpunkt vereinbar erachten würde, so betrifft, wenn es auch äußerlich im Hinblick auf die mehreren Verbrechensbegriffe anders zu sein scheint, doch die Verurteilung und Bestrafung eben immer nur ein Verbrechen, mag es auch noch so viele kriminalistische „Beziehungen" aufweisen. Wenn man die Feststellung jeder dieser Beziehungen für rückfallbegründend erachtet, so setzt man jede der mehreren Seiten des angeblich einen Verbrechens mit einem Verbrechen gleich, man

straft, als ständen nicht nur Verbrechensbegriffe, sondern Verbrechensfälle in Konkurrenz und verfährt damit sachlich so, wie es nur unter der Annahme gerechtfertigt ist, daß eben in der Idealkonkurrenz Verbrechensfälle konkurrieren [2]). Folgerichtig handeln mithin vom Standpunkt Liszts aus nur die bereits Genannten, Heinemann, Jakobs und Buri, die nur dem schwersten rückfallbegründende Kraft beilegen. Der Umstand, daß die meisten Schriftsteller, welche in der Idealkonkurrenz die Verurteilung wegen der Verletzung aller Strafgesetze verlangen und überdies auch jede dieser Gesetzesverletzungen als rückfallbegründend ansehen, dadurch in wichtigen praktischen Punkten eine Behandlung der Idealkonkurrenz fordern, welche allein von der Annahme aus, daß Gesetzesverletzung und Verbrechensfall identisch sind, möglich ist, bedeutet für diese hier verteidigte Ansicht ein gewichtiges Argument nicht nur hinsichtlich ihrer theoretischen Richtigkeit, sondern auch zu Gunsten ihrer praktischen Brauchbarkeit; aus dem Bisherigen ergibt sich ferner schon zu einem Teil die Richtigkeit der eingangs der Arbeit aufgestellten Behauptung, daß nur infolge weitgehender Inkonsequenzen der sich bekämpfenden Schriftsteller der Meinungsstreit über das Wesen der Idealkonkurrenz nicht die große praktische Bedeutung besitzt, die ihm von Haus zukommt. [3])

Gegen die Verurteilung wegen aller idealkonkurrierender Gesetzesverletzungen sowie gegen ihre Behandlung als rückfallbegründende Verbrechen hat sich nicht nur von einigen

---

2) Es liegt ein Widerspruch darin, wenn einerseits M. E. Mayer (Lb. S. 509) und Wachenfeld (Lb. S. 266) den Zweck des § 73 darin sehen, zu entscheiden, welches von den konkurrierenden Strafgesetzen, von denen um der Einheit des Verbrechens willen nur eins zur Anwendung gebracht werden kann und von denen doch ein jedes gleich nahe liegt, angewendet werden soll, und wenn sie andrerseits fordern, daß die Strafausmessung jede der mehreren Gesetzesverletzungen berücksichtigen müsse. Steht man auf dem Standpunkt, daß wegen jeder Gesetzesverletzung gestraft werden muß, so stünde der Richter mangels der Vorschrift des § 73 offenbar nicht vor der „Qual der Wahl" (Mayer eod. loc.), sondern vor der Notwendigkeit, sämtliche Strafgesetze zur Anwendung zu bringen, woraus wiederum erhellt, daß mit der Forderung, wegen aller Gesetzesverletzungen zu strafen, de facto eine nur bei Verbrechensmehrheit mögliche Behandlung verlangt wird.

3) Bei der Regelung, welche die Entwürfe für den Rückfall treffen, wird der Streit allerdings bedeutungslos, was die Behandlung des Rückfalls anbelangt, denn nach ihnen wird wegen Rückfalls gestraft, wenn der Täwegen mehrerer Delikte mehrfach verurteilt worden ist; darauf, daß es die gleichen waren, wie das nunmehr zur Aburteilung stehende, kommt nichts mehr an. VE §§ 87—89; E 13 § 119; E 19 § 118; E 25 § 77; E 27, § 78.

Schriftstellern der Liszt'schen Richtung Widerspruch erhoben, es haben ihr auch zwei Schriftsteller, die sonst der herrschenden Meinung folgen, widersprochen, nämlich Hälschner (Lb. S. 683) und Habermaas.[4]) Der erste glaubt, was bereits oben abgelehnt wurde, daß zur Anwendung des Strafgesetzes notwendig auch die Verurteilung gehört und nimmt weiter an, daß die leichteren Verbrechen, da also gemäß § 73 ihretwegen nicht verurteilt würde, nicht rückfallbegründend wirken können. Aber die erste Behauptung einmal zugegeben, so erscheint es immer noch zweifelhaft, ob der von Hälschner gezogene Schluß durchaus zwingend ist. Wenn sich aus dem Urteil ergibt, daß der Richter die leichteren Verbrechen bei der Strafzumessung besonders berücksichtigt hat, wird die Annahme nicht unmöglich sein, daß sie im Sinne der Rückfallbestimmungen des Strafgesetzbuchs „bestraft" sind. Aus der Annahme, daß an dieser vom Gesetz vorausgesetzten Bestrafung fehle, leitet Habermaas seine Bedenken her. Er glaubt, daß § 73 die Anwendung des Absorptionsprinzips anordne und folgert daraus, daß die leichteren Verbrechen unbestraft blieben. Die Schlußfolgerung von Habermaas ist durchaus richtig. Dem Absorptionsprinzip liegt der Gedanke zu Grunde, daß der Verbrecher, der mehrere Verbrechen begangen hat, gleichwohl schon genügend gestraft ist, wenn ihn die Strafe des schwersten trifft; es bedeutet in der Tat eine Strafloslassung der leichteren Verbrechen und hindert deshalb bezüglich dieser die Anwendung der Rückfallbestimmungen. Wie nun bereits dargetan wurde, enthält § 73 nur die Anweisung, zur Bestrafung der mehreren Verbrechen ausschließlich den Strafrahmen des strengsten Gesetzes zu benutzen und schließt deshalb den Grundsatz des Parallelismus von Verbrechen und Strafe nicht aus, mag der Gesetzgeber das gewollt haben oder nicht. Weil das aber nicht geschehen ist, gilt der Satz „Quot crimina, tot poenae" in dem ihm hier gegebenen Inhalt auch für das heutige sittliche Bewußtsein als ein Grundsatz, der a priori gilt und also, keines Beweises bedürftig, den Strafgesetzen zu Grunde zu legen ist, sofern nicht bewiesen wird, daß er durch sie ausgeschlossen ist.[5]) Daß wir mit der Anwendung dieses anstatt der des Absorptionsprinzips auch praktisch zu besseren Ergebnissen gelangen, das zeigt gerade die von Habermaas aufgezeigte Folge des Absorptionsprinzips für den Rückfall. Das

4) Habermaas, Die Idealkonkurrenz der Delikte, 1882 S. 27.

5) Dies insbesondere gegen Höpfner, der im Gegenteil lehrt (Einh. u. Mehrh. II S. 2): „A priori kann der Satz „Quot crimina, tot poenae" nicht aufgestellt werden. . . . Die wissenschaftliche Beweislast für die Geltung dieses Satzes trifft den, der sie behauptet."

zeigt ferner die Erwägung, daß es nur in wenigen Ausnahmefällen gerecht zu erscheinen vermag, etwa dann, wenn die Strafe für das schwerste Verbrechen so leicht ist, daß bezüglich seiner ein Absehen von Strafe sich rechtfertigen läßt. Für die große Masse der Konkurrenzfälle dagegen müßte die schwerste Gesetzesverletzung, wenn die Konkurrenz mit ihr eine Straflosslassung der leichteren Gesetzesverletzungen zur Folge hat, den Anschein erwecken, als sei sie zu deren Begehung ein Freibrief.

Die Annahme, daß § 73 die Straflosslassung der leichteren Verbrechen nicht gebietet, vielmehr nur der Bestrafung aller Verbrechen eine Grenze zieht, erweist ihren Wert auch für die andern, mit der Anwendung des § 73 verknüpften Streitfragen, nämlich erstens, ob die leichteren Gesetzesverletzungen obligatorische Strafmehrungsgründe sind, und zweitens, ob auf das Minimum des anzuwendenden schwersten Gesetzes auch dann heruntergegangen werden darf, wenn es niedriger ist als das Mindestmaß eines konkurrierenden milderen Gesetezs, desgleichen ob auf eine im strengeren Gesetze alternativ angedrohte mildere Strafart, die in dem milderen Gesetz nicht vorgesehen ist, erkannt werden kann. Durchaus herrschende Meinung ist, daß den leichteren Verbrechen der Charakter obligatorischer Strafmehrungsgründe nicht beizulegen ist. Hingegen sind bezüglich der zweiten Frage die Meinungen geteilt. Während ein Teil der Schriftsteller sie verneint,[6]) glauben die andern, und mit ihnen nach einer zunächst abweichenden Entscheidung (E. 3, 390) in ständiger Rechtsprechung das Reichsgericht,[7]) sie de lege lata bejahen zu müssen,[8]) nicht ohne freilich meistens die Unbilligkeit des Ergebnisses einzuräumen und den Richter davor zu warnen, daß er von der ihm nach dem Buchstaben des Gesetzes gegebenen Möglichkeit Gebrauch mache.[9])

---

6) Frank Erl. IV Z. 1 zu § 73; Finger Lehrb. S. 540; Wachenfeld Lehrb. S. 266; M. E. Mayer Lehrb. S. 509; Beling Grundriß S. 104; Baumgarten S. 94; Gerland, Deutsches Strafrecht 1922 S. 163; Eckstein Goltd. Arch. 60 S. 219/20.

7) E. 8, 84; 16, 301; 39, 155; 53, 91 u. 291; 57, 178; 61. 285.

8) Lobe in RG. Kom. 3. Aufl. 1925 Erl. 3 zu § 73; Meyer-Allfeld S. 368; v. Bar, Ges. u. Sch. III S. 548; Merkel in Holtzendorffs Handb. IV S. 229; Köhler, Die Grenzlinien zwischen Idealk. u. Gesetzesk. 1900 S. 148; Höpfner II S. 78; Liszt-Schmidt § 56; Graf z. Dohna Reform 1910 S. 415; Habermaas S. 32; Heinemann S. 98; Olshausen Komm. in der 11. Aufl. (1927); Erl. 35; Wachenfeld, Theorie d. Verbr. konk. S. 77.

9) So insbesondere Lobe a. a. O., wonach sie für den vernünftigen Richter überhaupt nicht praktisch werden sollte, und Gr. z. Dohna a. a. O.: „Es darf behauptet werden, daß der Richter, der von dieser Befugnis Gebrauch machen würde, gegen den Geist des Gesetzes in unverantwortlicher Weise verstieße."

Nur Hälschner,[10]) H. Meyer,[11]) Olshausen[12]) und vor allem Binding[13]) schreiben den leichteren Verbrechen die Eigenschaft obligatorischer Strafmehrungsgründe zu und verneinen zugleich die Möglichkeit, eines der leichteren Delikte auf Grund des schwersten Gesetzes milder zu bestrafen, als es nach dem ihm eigenen Strafrahmen zulässig wäre. Dieser Ansicht ist beizutreten.

Aus der dem § 73 hier gegebenen Bedeutung, daß er lediglich eine durch den jeweils anzuwendenden Strafrahmen des strengsten Gesetzes bestimmte Grenze für die — selbstverständlich — auf alle Verbrechen zu erstreckende Strafausmessung bilde, folgt ohne weiteres dies, daß die leichteren Verbrechen obligatorische Strafmehrungsgründe sind. Nichtsdestoweniger könnte zweifelhaft sein, ob aus jener Auslegung auch dies folge, daß sowohl hinsichtlich der Strafhöhe als auch der Strafart die Grenze für die mildeste Beurteilung nicht durch den Strafrahmen des strengsten, sondern den des mildesten Gesetzes gebildet werde, wenn das strengste und nach dem Wortlaut allein anzuwendende eine mildere Bestrafung gestattet. Es könnte die Meinung sein, daß der Forderung, alle Verbrechen bei der Strafzumessung zu berücksichtigen, schon dadurch Rechnung getragen werden könne, daß der Richter über das Mindestmaß des strengsten Gesetzes hinausgehe, daß sich aus ihr aber nicht auch die Notwendigkeit ergebe, bei der Bestrafung bei der Strafbemessung wenigstens bis zu dem in den milderen Strafgesetzen vorgesehenen höheren Mindestmaß hinaufzugehen oder die von ihnen zugelassene mildeste Strafart anzuwenden.[14]) Indesen würde man damit, immer von der dem § 73 hier gegebenen Auslegung aus, eine unvernünftige Regelung unterstellen, die man dem Gesetzgeber nicht zutrauen darf. Es ist, jedenfalls in dieser allgemeinen Form nicht richtig, wenn Frank sagt, die Konkurrenz eines andern Delikts dürfe nie strafmildernd wirken. Jedes von zwei konkurrierenden Verbrechen kann durchaus dadurch in einem mildernden Lichte erscheinen, daß es mit den andern konkurriert. Das zeigt das von Köhler gebrachte Beispiel (Grenzlinien S. 147). Ein Arzt stellt seinem besten Freunde, der sich eine fahrlässige Tötung hat zuschulden kommen lassen, um ihm zur Flucht zu verhelfen, gegen ein besonders bescheidenes Honorar ein wissentlich falsches Zeugnis über seinen Krankheitszustand aus (§§ 257,

10) Lehrb. I S. 686.
11) Lehrb. 5. Aufl. S. 441.
12) In der 10. noch von ihm bearbeiteten Auflage seines Kom. N. 34 zu § 73.
13) Grundriß des deutschen Strafrechts, Allgem. Teil 7. Aufl. 1907 S. 291.
14) So augenscheinlich die 11. Aufl. von Olshausens Km. N. 35 zu § 73.

278 StGB.). Sowohl die Begünstigung als die Ausstellung des falschen Zeugnisses für sich allein, jedoch aus gewinnsüchtigen Motiven begangen, würden strafbarer erscheinen als in diesem Falle, da der Arzt lediglich aus altruistischen Motiven handelt, nämlich nur gegen § 278 verstößt, um, wenngleich dadurch ein Strafgesetz übertretend, einem Freunde zu helfen. Daß also ein Verhalten, selbst wenn es ein Verbrechen bedeutet, dadurch ein anderes Verbrechen in milderem Licht erscheinen lassen kann, wird man Köhler einräumen müssen. Gleichwohl muß bestritten werden, daß in dem von ihm angeführten Fall eine geringere Bestrafung als das in § 278 vorgesehene Mindestmaß von einem Monat für zulässig gehalten werden dürfte. Denn das bedeutete, daß eine strafbare Handlung durch ihr Zusammentreffen mit einer andern noch milder, als die mildeste vom Gesetzgeber zugelassene Bewertung es gestattet, bewertet werden könnte. Und das ist allerdings kaum denkbar und jedenfalls für unzulässig zu halten. Denn durch die Höhe und Art der Strafdrohungen bringt der Gesetzgeber in verbindlicher Weise zum Ausdruck, wie er die ihnen entsprechenden Verbrechen im Verhältnis zueinander bewertet und vom Richter bewertet wissen will, und durch die Weite seiner Strafrahmen zeigt er, daß er dem Richter die Möglichkeit geben möchte, schlechterdings allen Fällen gerecht zu werden, den schwersten und den allerleichtesten. Die Vermutung absoluter Vollständigkeit, die in diesem Sinne den einzelnen Strafgesetzen zur Seite steht, zwingt, wenn das Zusammentreffen mit einer andern strafbaren Handlung strafmildernd erscheint, auch diesen Fall in den Strafrahmen des Verbrechens einzubeziehen, ihn als bei Aufstellung des Strafrahmens mitberücksichtigt anzusehen. Es folgt also aus der Annahme, daß der Gegenstand des § 73 eine Mehrheit von Verbrechen ist und daß er ferner die Forderung, sie alle zu bestrafen, unberührt läßt, mit Notwendigkeit nicht nur dies, daß die leichteren Verbrechen obligatorische Strafmehrungsgründe sind, sondern daß sie es mindestens insoweit sind, als wenigstens das gegen sie angedrohte geringste Strafmaß bezw. die in ihnen vorgesehene mildeste Strafart verhängt werden muß. Andrerseits ist es auch nur jene Annahme, welche dieses Ergebnis rechtfertigt. Es liegt zwar nahe zu sagen, daß eine Strafe nur dann von einer andern „absorbiert", „aufgezehrt" werden kann, wenn diese die strengere ist. Indessen würde bei solchem Gedankengang der sachliche Sinn des Satzes „Poena major absorbet poenam minorem" mit seiner bildhaften Bedeutung verwechselt. Denn unter dem Bilde eines Körpers, der einen andern in sich aufnimmt, besagt jener Satz doch nur dies, daß dem Strafbedürfnis durch die Bestrafung nur eines, eben des am schwersten

wiegenden Verbrechens genügt und deshalb von der Bestrafung der leichteren Verbrechen abgesehen werden kann. Es können deshalb aus dieser Erwägung Bedenken zwingender Natur gegen die Verhängung des auf das schwerste Verbrechen angedrohten Mindestmaßes nicht hergeleitet werden,[15]) desgleichen auch nicht aus dem Wortlaut des § 73. Eckstein hat dies versucht, indem er ausführte (a. a. O.): § 73 verlange die Anwendung des strengsten Gesetzes; wenn nun das Strafgesetz mit dem höheren Maximum, also das sonst als strengstes zu betrachtende, ein niedrigeres Mindestmaß oder eine mildere Strafart aufweise als das mildere Strafgesetz, dann sei eben insofern das leichtere Gesetz das schwerere. Sein Argument ist mit Recht nicht weiter aufgenommen worden, denn es ist klar, daß die durch § 73 geforderte Entscheidung, welches von konkurrierenden Gesetzen das schwerste ist, nur einheitlich getroffen werden kann. Ein Strafgesetz kann nicht in Bezug auf ein anderes zugleich das schwerere und das leichtere sein. Der Gedanke Ecksteins wäre nur erwägenswert, wenn nach § 73 das in concreto schwerste Gesetz zur Anwendung zu bringen wäre. Indessen schließt der Wortlaut diese Auslegung aus, zwingt vielmehr zu der Annahme, daß als strengstes Gesetz im Sinne des § 73 allein das in abstracto, das in thesi strengste Gesetz anzusehen ist.[16]) Wollte Eckstein seine Ansicht aus dem Wortlaut des § 73 herleiten, so müßte er also ein für alle Mal das angedrohte Maximum als Kriterium des strengsten Gesetzes fallen lassen und entweder Reiffel folgen, der die Frage nach dem angedrohten Mindestmaß entscheidet,[17]) oder Merkel, der zur Ausmittelung des strengsten Gesetzes den Durchschnitt zwischen Höchst- und Mindestmaß zu nehmen vorschreibt.[18]) Indessen sind auch diese Versuche, schon aus dem Wortlaut des § 73 die Unzulässigkeit der zu milden Bestrafung nachzuweisen, nicht gelungen. Reiffels Ansicht erweist sich schon durch die sich aus ihr ergebende, übrigens von Reiffel selbst gezogene Folgerung unannehmbar, daß sie dem Richter verwehrte, unter mehreren Höchstmaßen das höchste zu wählen, wenn eins der konkurrierenden Gesetze ein höheres Minimum hat. Die Merkelsche Ansicht hätte einige Berechtigung nur dann, wenn die Strafen normalerweise nach

15) Irrig deshalb die sich auf jenen Gedanken stützende Begründung der erwähnten Entscheidung in E. 3 S. 390, sowie Gerland, Deutsches Strafrecht a. a. O.

16) A. A. Stürenburg, Die Bestrafung konkurrierender Verbrechen, Diss. Leipzig 1908 S. 40.

17) Gerichtssaal 39, S. 504 ff.

18) Holtzendorffs HB. S. 583 ff.

dem arithmetischen Mittel der Strafrahmen verhängt würden, eine Erwägung, die überdies, wenn sie zuträfe, ebenfalls dadurch ausgeschlossen würde, daß eben nach § 73 die Strafrahmen ohne Rücksicht auf konkrete, wenn auch vielleicht häufigste, Fallgestaltung zu vergleichen sind.

Am wenigsten gerechtfertigt ist die Forderung, die Minima bzw. die Strafarten der konkurrierenden leichteren Strafgesetze als Grenze nach der Seite der mildesten Beurteilung hin aufzufassen, vom Standpunkt derer, die in der Idealkonkurrenz eine Verbrechenseinheit sehen. Ist sie lediglich ein unter mehrere Paragraphen fallendes, in seiner Besonderheit vom Strafgesetz nicht vorgesehenes Verbrechen, so ist nicht einzusehen, warum dieses eine Verbrechen nicht möglicherweise leichter sein kann als jeder von zwei Verbrechensfällen, deren Begriffe es auf sich vereinigt. Indessen hat von den Vertretern jener Ansicht nur Wachenfeld und nur in seiner Monographie die nach dem Buchstaben des Gesetzes mögliche milde Beurteilung als einen Vorzug anerkannt, während in der schon gekennzeichneten inkonsequenten Art, die mehreren strafrechtlichen Beziehungen des angeblich einen Verbrechens bei der Bestrafung wie selbständige Verbrechen, deren jedes Sühne heischt, zu behandeln, die meisten Schriftsteller dieser Richtung [19]) jene milde Beurteilung für de lege lata unzulässig halten.

Da, wie gesagt, weder das Absorptionsprinzip noch der Gesetzeswortlaut noch die Theorie der Verbrechenseinheit es notwendig erscheinen lassen, über das im schwersten Strafgesetz angedrohte Minimum hinauszugegen bzw. eine mildere Strafart, als in den leichteren Strafgesetzen vorgesehen, nicht anzuwenden, diese Notwendigkeit sich vielmehr nur aus der Ansicht ergibt, daß alle Verbrechen als Gegenstand der Bestrafung anzusehen sind, so ergibt sich, daß die verletzten leichteren Strafgesetze, wenn die Erreichung ihrer Mindestmaße oder die Anwendung der in ihnen vorgeschriebenen leichteren Strafart verlangt wird, damit in Wahrheit als obligatorische Strafmehrungsgründe angesehen werden und daß mit jeder Forderung ein Mindestmaß für diese Berücksichtigung aufgestellt wird. Es ist deshalb ein Widerspruch, wenn zwar die Strafrahmen und Strafarten der leichteren Strafgesetze in der angegebenen Art als Grenze für die mildeste Beurteilung aufgefaßt werden, andrerseits aber den leichteren konkurrierenden Verbrechen der Charakter von obligatorischen Strafmehrungsgründen nicht beigelegt oder ausdrücklich

19) Vgl. M. E. Mayer, Wachenfeld (Lb.) u. Baumgarten in Anm. 1 S. 100.

abgesprochen wird, wie das insbesondere bei Frank geschieht.[20]) Umgekehrt ist es nur folgerichtig, wenn aus der Möglichkeit unter die Minima der konkurrierenden mildernden Strafgesetze herunterzugehen oder eine mildere Strafart zu verhängen, geschlossen wird, daß de lege lata die leichteren Verbrechen nicht als obligatorische Strafmehrungsgründe anzusehen sind.[21])

Die Anwendung des § 73, die Strafe für die mehreren Verbrechen nur dem schwersten Strafgesetz zu entnehmen, hat die unangemessene, aber durch keine Auslegungskunst zu beseitigende Folge, daß auf Nebenstrafen, die nur in den leichteren Strafgesetzen vorgesehen sind, nicht erkannt werden darf. Denn soweit Rechtsfolgen mit Strafcharakter verhängt würden, würde eben nicht mehr nur das strengste Strafgesetz angewendet. Möglich und vom Boden der dem § 73 hier gegebenen einschränkenden Auslegung geboten ist jedoch die Annahme, daß wenigstens die Rechtsfolgen, die nicht oder jedenfalls nicht in erster Linie Strafcharakter haben, verhängt werden dürfen. Welche das sind, das ist freilich im Einzelnen sehr bestritten. Bei der Entscheidung dieser Frage ist von der Erwägung auszugehen, daß jede vom Strafrichter ausgesprochene Rechtsfolge für den Verurteilten ein Übel bedeuten wird und daß es deshalb nur auf den Zweck ankommen kann, dem in erster Linie die Verhängung einer Nebenfolge dienen soll.[22]) So soll die Buße weniger ein Übel für den Verurteilten als eine durch den Strafrichter zuerkannte Entschädigung sein, wie sich insbesondere aus § 188 StGB. ergibt, da diese Bestimmung voraussetzt, daß die Beleidigung nachteilige Folgen für die Vermögensverhältnisse, den Erwerb oder das Fortkommen des Beleidigten mit sich bringt und da sie ferner die Geltendmachung eines weiteren Entschädigungsanspruches ausschließt.[23]) Die Verhängung von Polizeiaufsicht ist gewiß ein sehr erhebliches Übel für den Verurteilten, und vor der Überweisung an die Landespolizeibehörde pflegen die Delinquenten mehr Furcht zu haben als vor einer Kriminalstrafe. Gleichwohl sind beide Rechtsfolgen nicht als Strafen aufzufassen.[24]) Bezüglich der Polizeiaufsicht sollte das nicht zweifelhaft sein,

---

20) Erl. III u. IV zu § 73.
21) RGE. 18 S. 199.
22) RG. in E. 14 S. 161 u. Frank, Vorbem. z. 1. Abschn. Eerl. II.
23) RG. in E. 44, 294; Frank a. a. O. III 2.
24) Binding HB. S. 323—25 und Grundriß S. 264; Lobe in RG. kom. Erl. 1 zu § 38, während der Kommentar betreffs der Überweisung nicht eindeutig Stellung nimmt (Erl. 3 z. § 362), ebenso Frank a. a. O. Erl. II 2. Anders die herrschende Meinung.

denn aus den §§ 38, 39 StGB. ergibt sich mit aller Deutlichkeit, daß diese Rechtseinrichtung ein Sicherungsmittel gegen solche Delinquenten sein soll, gegen die sich die Gesellschaft mittels Verhängung einer Freiheitsstrafe zur Zeit nicht schützen kann. Bezüglich der Überweisung an die Landespolizeibehörde erhellt aus dem Verbrechen, bei denen sie vorgesehen ist (Zuhälterei, Betteln u. a.), daß mittels ihrer moralisch verkommene und arbeitsscheue Personen, denen gegenüber der Gesellschaft keine Erziehungsmöglichkeit mehr zusteht, wieder an Arbeit und Ordnung gewöhnt werden sollen. Daß die auf Grund des § 7 des Jugendgerichtsgesetzes möglichen, sehr wichtigen Erziehungsmaßregeln keine Nebenstrafen sind, bedarf keiner Ausführung.

Bei der Erörterung dessen, was unter Anwendbarkeit des schwersten Gesetzes zu verstehen ist, ist bereits die Frage nach dem Kriterium des strengsten Gesetzes gestreift und die herrchende Meinung angenommen worden, wonach als strengstes Gesetz das in abstracto schwerste Gesetz anzusehen ist, ein Gesetz mithin auch dann das schwerere bleibt, wenn es ein niedrigeres Mindestmaß hat als das mit ihm in Konkurrenz stehende und dieses, wenn ein konkreter Fall äußerste Milde verlangt, das schwerere ist. Gegenüber dem höheren Maximum kommen auch Nebenstrafen nicht in Betracht, obschon vielleicht bei freier Würdigung der Übel, die ein jedes der konkurrierenden Gesetze dem Angeklagten androht, das Gesetz mit dem niedrigen Maximum um seiner Nebenstrafe willen als das strengere erscheint. Diese freie Würdigung dürfte jedoch einmal durch die Fassung des § 73 ausgeschlossen sein, denn wie sich aus der gesetzlichen Anweisung bezüglich ungleicher Strafarten ergibt, hat § 73 nur die Hauptstrafen im Auge. Überdies aber ist diese Bestimmung des schwersten Gesetzes ohne Ansehen der Nebenstrafen auch zweckmäßig, da es an einem objektiven Maßstab zum Vergleich eines überschießenden Maximums mit einer Nebenstrafe des andern Gesetzes fehlt und so dem subjektiven Ermessen des Richters zuviel Raum gegeben wäre. Sind die Maxima gleich, so wäre zunächst auf eine neben der Freiheitsstrafe angedrohte Geldstrafe und erst mangels einer solchen auf die Nebenstrafen zurückzugreifen, wobei, wenn beide Gesetze Nebenstrafen enthalten, nunmehr diese gegeneinander abzuwägen wären und zwar, da die in abstracto angedrohten maßgebend sind, ohne Rücksicht auf ihren fakultativen oder obligatorischen Charakter [25]). Zuletzt ist auf die angedrohten Minima zu sehen und erst hier die

25) Lobe a. a. O. Erl. 4 Ib zu § 73.

Möglichkeit der Zubilligung mildernder Umstände zu berücksichtigen, deren Berücksichtigung bei der Vergleichung der Maxima ausscheidet, weil eben das in thesi schwerste Gesetz zur Anwendung kommt, die Frage jedoch, ob mildernde Umstände zuzubilligen sind, vom einzelnen Fall abhängt [26]). Bei ungleichen Strafarten spielen nicht nur die Nebenstrafen, sondern auch die Weite der Strafrahmen keine Rolle. Nach der unzweideutigen Regelung des § 73 bestimmt sich in diesem Falle, ohne daß eine Umrechnung nach dem gesetzlichen Schlüssel in § 21 StGB. zulässig wäre, das strengste Gesetz nach der strengsten Strafart, wobei sich das Schwereverhältnis der Strafarten zueinander einmal aus § 21, sodann aus der Reihenfolge ergibt, in der sie der Gesetzgeber aufführt.

Während für die zuletzt erörterte Frage das Problem der Idealkonkurrenz ausnahmsweise bedeutungslos ist, ist seine Lösung wiederum für eine Reihe wichtiger Punkte entscheidend, von denen zunächst auf die Frage eingegangen sein mag, in welcher Weise § 3 des Jugendgerichtsgesetzes im Falle der Idealkonkurrenz anzuwenden ist bezw. sein Vorläufer, der alte § 56 StGB. anzuwenden war. Wenn der Verbrechensfall identisch ist mit der „Tat" des § 3 JGG. bezw. der „strafbaren Handlung" des § 56 im Sinne von natürlicher Handlung, dann sollte nicht zweifelhaft sein, daß die vom Richter heute zu prüfende Frage, ob der Jugendliche das Ungesetzliche seiner

---

26) Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob ihre Zubilligung obligatorisch oder fakultativ ist. Die gegenteilige Meinung Höpfners, der für den Fall obligatorischer Zubilligung zunächst den konkreten Fall auf ihr Vorliegen hin prüfen und bejahendenfalls nunmehr den für mildernde Umstände vorgesehenen Strafrahmen zum Vergleich mit den andern Strafgesetzen bringen will, ist abzulehnen (Einh. u. Mehr. II S. 86/7). Sie verstößt gegen die von ihm selbst erhobene Forderung, das im allgemeinen schwerste Gesetz anzuwenden (S. 79). Es ist ihm ferner der von dem Reichsgericht aufgestellte zutreffende Gesichtspunkt entgegenzuhalten, daß bei mildernden Umständen kein dem normalen Tatbestand gegenüber besonderer Deliktstatbestand gegeben sei wie etwa bei den Bestimmungen über Versuch oder über die Strafbarkeit Jugendlicher (§ 9 JGG.). Mit Unrecht glaubt Höpfner sich in etwa auf die Entscheidung in E. 30, S. 284 berufen zu können. Das Reichsgericht erklärt darin allerdings für unhaltbar die Ansicht, „daß bei Prüfung der Frage, welches Gesetz die schwerste Strafe androhe, immer nur die ordentliche, nicht die für den Fall mildernde Umstände vorgesehene außerordentliche Strafe in Betracht zu ziehen sei." Aber es läßt auch keinen Zweifel darüber, daß die Berücksichtigung der außerordentlichen Strafe in dem von ihm zu entscheidenden Fall nur deshalb geboten war, weil die Maxima der in Betracht kommenden Strafgesetze (§§ 339, 340) gleich waren und also auf die Minima zurückgegriffen werden mußte. In seiner Entscheidung im 53. Bd. (S. 48) weist es denn auch die Ansicht Höpfners ausdrücklich zurück.

Tat einzusehen und dieser Einsicht gemäß zu handeln imstande war, nur einheitlich beantwortet werden kann und daß ebenso unter der Herrschaft des § 56 die Feststellung, daß dem Jugendlichen die zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderliche Einsicht fehlte oder daß er sie besaß, nur einheitlich getroffen werden konnte. Nun kann nicht zweifelhaft sein, daß der jugendliche Mensch erst allmählich den Kreis der Handlungen, die unserm Recht und insbesondere unserm Strafrecht zuwiderlaufen, überschauen lernt und daß er die Einsicht in das Ungesetzliche dieser Handlungen nicht gleichzeitig, sondern bei den einen erheblich früher erlangt als bei den andern, daß ferner auf den Stufen seiner Entwicklung das sich allmählich bildende Hemmungsvermögen bei vielen strafbaren Handlungen schon die genügende Stärke erlangt haben kann, während das bei anderen noch nicht der Fall ist. So wird man wohl allgemein sagen dürfen, daß bei vielen Jugendlichen die Kraft, der Versuchung zu einem Diebstahl zu widerstehen, schon vorhanden sein kann, während sie der Versuchung zu einer Sachbeschädigung, man denke an die meist mit Sachbeschädigungen verbundenen Jungenstreiche, noch nicht zu widerstehen vermöchten. So kann, wie das in dem in RGE. 47, 385 ff. behandelten, noch nach § 56 zu beurteilenden Fall angenommen worden war, ein Jugendlicher sich wohl bewußt gewesen sein, daß er durch seine unzüchtigen Handlungen das von ihm mißbrauchte, noch nicht vierzehnjährige Mädchen in seiner Ehre kränkte, und er, der vielleicht kurz vorher von unberufener Seite „aufgeklärt" worden war, kann gleichwohl außerstande gewesen sein zu erkennen, daß er sich mit dem Mädchen, weil es noch nicht 14 Jahre alt war, noch nicht abgeben durfte. Für die Anwendung des § 3 JGG. ergibt sich daraus die Folgerung, daß für jede der konkurrierenden Gesetzesverletzungen gesondert zu prüfen ist, ob hinsichtlich ihrer die Voraussetzungen des § 3 abgegeben sind. Vom Boden der hier verteidigten Anschauung aus ist diese Anwendung durchaus gerechtfertigt und geboten. Es liegen mehrere konkrete Verbrechen vor, also muß für jedes von ihnen das erforderliche Unterscheidungs- und Hemmungsvermögen vorhanden sein. Daß die Prüfung dieser Voraussetzungen hinsichtlich der ganzen Tat nur einheitlich stattfinden kann, weil ja bei Einheit der Tat nur ein Verbrechensfall vorliege, diese unabweisbare Konsequenz hat nur Heinemann (S. 100) gezogen. Heute haben in der Erkenntnis, daß nur die jede Gesetzesverletzung besonders berücksichtigende Anwendung des § 3 richtig sein kann, alle Vertreter der Theorie der Verbrechenseinheit in diesem Punkte ihre Ansicht praktisch aufgegeben, sodaß eine

— in der Strafrechtswissenschaft seltene und im Ergebnis gewiß erfreuliche, aber nicht überall gerechtfertigte — Einstimmigkeit in dieser Frage herrscht [27]). Ähnlich wie bei der Anwendung des § 3 liegt es bei der Anwendung der Bestimmungen über die Zubilligung mildernder Umstände. Hier jedoch steht, wie in ständiger Rechtsprechung das Reichsgericht [28]), so auch die herrschende Lehre [29]) auf dem Standpunkt, daß die Frage nach der Zubilligung mildernder Umstände für mehrere Verbrechen, sofern sie in Idealkonkurrenz zusammentreffen, nur einheitlich gestellt und beantwortet werden kann. Zu dieser Abweichung von dem bei der Anwendung des § 3 JGG. beobachteten Prinzip der gesonderten Prüfung liegt kein Grund vor. Von der Theorie der Verbrechenseinheit aus ist die Forderung einheitlicher Fragestellung selbstverständlich. Wenn das Reichsgericht in lakonischer Kürze zur Begründung seiner Ansicht darauf hinweist, daß die idealkonkurrierenden Delikte nur einen einzigen Verbrechensfall darstellen, welcher nur eine Bestrafung nach sich ziehe, und wenn es fortfährt, es könne also der Natur der Sache (!) nach die Frage nach dem Vorhandensein mildernder Umstände bei dieser einen Tat nur einheitlich gestellt und beantwortet werden (E. 14, 8 ff.), so ist das offensichtlich ganz im Sinne Liszts gesprochen, als dessen Anhänger das Reichsgericht sonst nicht zu bezeichnen ist, wie sich schon aus seiner Anerkennung der sog. gleichartigen Idealkonkurrenz ergibt. Seine Begründung ist denn auch nur im Sinne der Liszt'schen Ansicht berechtigt. Hält man sich nämlich bei diesem Punkt vor Augen, daß die Idealkonkurrenz eine regelrechte Verbrechensmehrheit ist, so liegt es vielmehr in der Natur der Sache, daß die Frage für jede Gesetzesverletzung gesondert zu prüfen ist. Denn die Tat an und für sich ist nichts, erst durch ihre Bedeutung als Gesetzesverletzung gewinnt sie für die juristische Betrachtung Leben und die Gesetzesverletzungen sind es daher, auf die sich die

---

27) Meyer-Allfeld S. 296, Frank N. III zu § 3; Lobe Erl. 4; Finger Lb. S. 217; Olshausens Kom. 11. Aufl. Erl. 5 zu § 3 JGG; Olshausen selbst stimmte, wie sich aus der zehnten Aufl. N. 3 Abs. 2 zu § 56 ergibt, im Ergebnis mit Heinemann überein. Obwohl er in der Idealk. eine Verbrechensk. sah, hielt er eine einheitliche Prüfung der Voraussetzungen des § 56 im Hinblick auf dessen Wortlaut für unumgänglich. Von denen, die der herrschenden Meinung beistimmen, aber dadurch ihrer Grundauffassung vom Wesen der Idealk. widersprechen, sind zu nennen vor allem Höpfner II S. 87) und Baumgarten (S. 96)

28) E. 5, 155; 14, 8; 30, 284; 53, 48; 54, 29.

29) Lobe Erl. 5c; Olshausen N. 28 zu § 73. Wie hier Köhler, Grenzlinien S. 164, v. Bar Ges. u. Sch. III S. 537 Anm. 57 und, sehr im Gegensatz zu seiner Grundanschauung, Höpfner II, S. 88 ff.

Prüfung nach dem Vorliegen mildernder Umstände richten kann. Daß es aber mit diesen bei den verschiedenen Gesetzesverletzungen verschieden liegen kann, zeigt sich an den dem Reichsgericht zur Entscheidung vorgelegten Fällen. Mit Recht berief sich der Angeklagte in dem der zitierten Entscheidung zu Grunde liegenden Fall darauf, daß für die ihm zur Last gelegte Notzucht wegen der nur minimalen angewandten Gewalt eine milde Beurteilung angemessen sein konnte, während für die in Idealkonkurrenz stehende Blutschande das Maß der Gewalt bedeutungslos war. In E. 5, 155 gibt das Reichsgericht der Befürchtung Ausdruck, daß eine gesonderte Prüfung zu ungerecht milden Ergebnissen", nämlich dahin führen könnte, daß der Tat, unter jedem rechtlichen Gesichtspunkt gesondert betrachtet, die mildernden Umstände zuerkannt werden, während letztere bei der gebotenen gleichzeitigen Inbetrachtnahme aller in Frage kommenden rechtlichen Gesichtspunkte verneint werden würden." Indessen dürfte gerade das Gegenteil der Fall sein. Der Richter, der sich nicht bezüglich jeden einzelnen Verbrechens die Frage vorlegt, ob mildernde Umstände vorliegen, sondern nur nach einem allgemeinen Eindruck urteilt, den die Tat auf ihn macht, der wird, besonders wenn er, der reichsgerichtlichen Judikatur folgend, in den konkurrierenden leichteren Delikten einen obligatorischen Strafmehrungsgrund nicht erblickt, von der bei dem schwersten Delikt gegebenen Möglichkeit, im Falle mildernder Umstände einen herabgesetzten Strafrahmen zu benutzen, viel leichter Gebrauch machen, als der Richter, der jedes der konkurrierenden Delikte besonders darauf ansieht, ob der hinsichtlich des ersten Verbrechens als Strafmilderungsgrund erscheinende Umstand bezüglich der anderen leichteren Delikte sich ebenfalls als ein solcher darstellt. Viel mehr als die allgemeine wird ihn so die besondere Betrachtung von einer zu milden Beurteilung abhalten.

Nicht aus dem Streit um das Wesen der Idealkonkurrenz, sondern aus einer Meinungsverschiedenheit über die Natur der Akzessorietät der Teilnahme ist die Streitfrage entstanden, ob zu realkonkurrierenden Handlungen in Idealkonkurrenz Teilnahme geleistet werden kann. Von einer Reihe von Schriftstellern, darunter Binding [30]), insbesondere aber in

30) HB. S. 586; Birkmeyer, Lehre von der Teilnahme S. 180; Merkel, Lehrbuch S. 147; RG. in E 5, 227; 11, 37; 38, 27

ständiger Rechtsprechung vom Reichsgericht [31]) wird angenommen, daß ein und dieselbe Teilnahmebehandlung, durch die zu mehreren realkonkurrierenden Täterhandlungen angestiftet oder Beihilfe geleistet wird, als eine Mehrheit realkonkurrierender Teilnahmefälle angesehen und demnach nach § 74 StGB. bestraft werden muß. Das Reichsgericht insbesondere (E. 5, 228) weist zur Begründung dieser Ansicht darauf hin, daß der Anstifter nach dem Gesetz, das auf den Täter Anwendung findet, bestraft werde, daß die Begehung oder mindestens der Versuch der Haupttat die Bedingung für seine Strafbarkeit sei und daß also die Anstiftung ihren strafrechtlichen Charakter von der Haupttat erhalte. Es folgert daraus, daß die Teilnahmehandlung „für sich allein ein indifferenter Akt" ist, also selbst kein Strafgesetz verletzt. Die Voraussetzung für die Anwendung des § 73, Verletzung mehrerer Strafgesetze, sei also nicht gegeben, die strafbare Handlung, auf die die §§ 73, 74 sich bezögen, sei allein die Tat des Täters. Daß diese Ansicht angesichts der viel strengeren Bestrafung, die die Realkonkurrenz im geltenden Recht erfährt, zu einer sehr ungerechten Behandlung des Anstifters führt und dem in § 73 vom Gesetzgeber zum Ausdruck gebrachten Willen, daß bei Tateinheit nur aus dem Strafrahmen eines Gesetzes gestraft werden solle, widerspricht, liegt auf der Hand. Daß sie eine notwendige Folge aus der Akzessorietät der Teilnahme sei, wird von der in der Litteratur durchaus herrschenden Meinung mit Recht verneint [32]). Es ist nicht richtig, wie das Reichsgericht annimmt, daß die Handlung des Anstifters oder Gehilfen für sich allein indifferent ist. Beide übertreten die aus der Verbindung von § 48 bezw. 49 mit dem jeweiligen Strafgesetz des Besonderen Teils sich ergebende Norm, welche verbietet, zu dem von dem Täter begangenen Verbrechen durch Anstiftung bezw. Beihilfe mitzuwirken. Das gilt vor allem auch vom Anstifter, den das Gesetz nicht deshalb strafen will, weil er an der Straffälligkeit des Täters schuld ist, sondern deshalb, weil er zu dem von dem Täter begangenen Verbrechen mitgewirkt hat (Lobe a. a. O.). Da also Anstifter und Gehilfen, wenn auch

---

31) Höpfner I S. 197 Anm. 8 und Bünger Z. 8 S. 719, der erklärt, daß der Mut der Konsequenz, mit dem das RG. sich über diese Unbilligkeit hinwegsetzte, alle Achtung verdiene. Für ihn, der in der Idealk. nur einen Verbrechensfall sieht, ist diese Unbilligkeit natürlich viel größer als für Vertreter der herrschenden Meinung.

32) Meyer-Allfeld S. 211; Lobe N. 4 zu § 48; Frank N. III 3a zu § 73; Olshausen N. 19 Abs. II zu § 73; v. Bar, Ges. u. Sch. III S. 530; Höpfner I S. 187—197; Wachenfeld Lb. S. 201; Köhler Lehrbuch S. 498; Baumgarten S. 91; Ilse Ehrhardt S. 47; offenbar auch Honig Studien S. 59.

nach geltendem Recht nicht als Täter, gegen die von diesem verletzten Strafgesetze verstoßen, so ergibt sich einerseits, daß sie, sofern der Täter in einer von ihrem Vorsatz mitumfaßten Weise mehreren Strafgesetzen zuwiderhandelt, ebensoviele strafbare Handlungen begangen haben wie dieser, nichtsdestoweniger aber in einer natürlichen Handlung, also in Idealkonkurrenz. Andrerseits können auch sie natürlich nur insoweit mehrere Verbrechen in Tateinheit begehen, als dies dem Täter möglich ist. Deshalb kann so, wie nach der hier vertretenen Auffassung die sog. gleichartige Idealkonkurrenz eine Verbrechensmehrheit nicht ist, sondern nur eine strafbare Handlung mit verstärkter Tatbestandsmäßigkeit, auch die eine natürliche Handlung, durch die etwa ein Anstifter zu mehreren Morden anstiftet, nur ein einziges Verbrechen der Anstiftung zum Mord sein, denn nur einmal, wenn auch in verstärktem Maße, verletzt hier der Anstifter das Verbot, zum Mord durch Anstiftung mitzuwirken. Das Reichsgericht wird seinen Standpunkt, weil er sich auf die Akzessorietät gründet, weder für den Bereich des § 4 JGG., der schon für das geltende Recht jenes Prinzip zu einem Teile aufhebt, noch auch im künftigen Strafrecht aufrechterhalten können. Denn wie dieses auch sonst gestaltet werden mag, so ist doch dies gewiß, daß es mit dem Grundsatz der Akzessorietät brechen wird, da sich hierin seit dem Entwurfe der Strafrechtskommission alle Entwürfe einig sind *).

*) E. 13 §§ 35 Abs. III, 36 Abs. III; E. 19 §§ 28 Abs. I S. 2, 29 Abs. I S. 2; E. 25 § 27; E. 27 § 31.

§ 8.

Die Idealkonkurrenz im Prozeß.

Wenngleich Gegenstand des Strafprozesses in erster Linie nicht, — wie im materiellen Recht —, das Verbrechen, sondern ein Tatsachenkomplex ist, von dem erst festgestellt werden soll, ob er ein oder mehrere Verbrechen enthält, so wird auch in seinem Bereich in mehreren Punkten die Frage nach dem Wesen der Idealkonkurrenz von entscheidender Bedeutung. Es ist nahezu unbestritten, daß beim idealen Zusammentreffen von Antrags- und Offizialdelikt, wenn es an dem zur Strafverfolgung erforderlichen Antrag fehlt, doch wenigstens das Offizialdelikt zu verfolgen und zu bestrafen ist.[1]) Aber „so einfach und praktisch diese Lösung scheint, so wenig selbstverständlich ist sie.“ [2]) Daß dieser Gesetzesanwendung § 73 StGB. nicht entgegensteht, wird zwar mit Recht allgemein angenommen, [3]) aber von allen, die in der Idealkonkurrenz eine Verbrechensmehrheit sehen, wird verkannt, daß man zu dem offenbar allein richtigen Ergebnis von ihrem Standpunkt aus nicht gelangen kann, sondern nur auf Grund der Annahme, daß die Idealkonkurrenz eine Mehrheit von Verbrechensfällen bedeutet. Denn, wie das früher ausgeführt wurde, kann bei Zugrundelegung jener Ansicht § 73 nur die Bedeutung einer An-

1) Das preußische Obertribunal hat angenommen, daß es nach Einleitung der Untersuchung wegen des Offizialdelikts das Antragsdelikt nunmehr trotz mangelnden Antrags zur Bestrafung kommen könne (Goltd. Arch. 19, 306), indem es annahm, daß der Mangel des Antrags nur der Verfolgung, nicht aber der Bestrafung eines Antragsdelikts entgegenstehe, die Verfolgung der Tat jedoch im Hinblick auf das Offizialdelikt ja möglich sei. Es handelt sich bei dieser sich auf den Wortlaut des § 61 StGB. („Eine Handlung . . . ist nicht zu verfolgen) stützenden Rechtsprechung um einen Fall von Buchstabenjurisprudenz, die keiner Widerlegung bedarf und mit Recht allseitige Ablehnung fand.

2) Kohlrausch, Zur strafprozessualen Behandlung der Idealkonkurrenz, Diss. Greifswald 1899, S. 32.

3) A. A. Hälschner, Lehrb. I S. 586 mit Rücksicht auf den Wortlaut des § 73. Dieser steht allerdings entgegen. Denn da ein Strafgesetz nicht darum als ein nichtverletzendes angesehen werden kann, weil es dem erforderlichen Antrag fehlt, so bliebe auch bei mangelndem Antrag das schwerste Strafgesetz das nach § 73 anzuwendende und es müßte, da eben diese Anwendung nicht möglich ist, Straflosigkeit eintreten. Indessen bedarf es der Auslegung. Nimmt man an, daß die Idealkonkurrenz Verbrechensmehrheit ist, und H. teilt diese Annahme, so ist es möglich und geboten, § 73 lediglich als Strafzumessungsregel aufzufassen und anzunehmen, daß er die Anwendbarkeit mehrerer Strafrahmen um der mehreren Verbrechen willen vor Augen hat und voraussetzt.

weisung haben, unter welchen von mehreren sich darbietenden Verbrechensbegriffen der eine einzige Verbrechensfall zu subsumieren sei. Da er nun anordnet, daß der mit der schwersten Strafdrohung verknüpfte Verbrechensbegriff anzuwenden sei, und da ferner nicht zweifelhaft sein kann, daß für die Frage, ob der Täter ein Strafgesetz verletzt hat, der Mangel des zu seiner konkreten Durchsetzung erforderlichen Antrags bedeutungslos ist, so ist klar, daß das leichtere Offizialdelikt straflos bleiben muß, weil der Richter den Verbrechensfall nicht als dieses, sondern als das des Antrags ermangelnde schwerere Delikt qualifizieren muß. Räumt man jedoch ein, daß auch vom Liszt'schen Standpunkt aus § 73 nur die Bedeutung einer Strafzumessungsregel zu haben braucht, nämlich der Strafzumessung für ein eigenartiges, im Gesetze nicht vorgesehenes Delikt, so folgt daraus doch nur höchstens dies, daß in jedem Fall der Idealkonkurrenz untersucht werden muß, ob bezüglich des einen atypischen Verbrechensfalles das Interesse des Staates an der Verfolgung oder das des Verletzten an der Nichtverfolgung höher zu stellen ist. Je nach dem Ergebnis dieser Prüfung wäre dann entweder das ganze Verbrechen ohne Antrag zu verfolgen oder die Verfolgung von der Stellung eines Antrages abhängig zu machen. M. a. W.: Die Frage kann, wenn man sie überhaupt für zulässig hält, nur einheitlich entschieden werden, weil ja angeblich nur ein Verbrechen vorliegt, und es kann nicht, nachdem das schwerere Strafgesetz wegen des fehlenden Antrags ausgeschieden ist, nunmehr einfach das leichtere Gesetz zur Anwendung gebracht werden. Denn es darf doch wohl als selbstverständlich angesehen werden, daß das Antragsrecht sich nur auf Verbrechensfälle, nicht auf Verbrechensbegriffe beziehen kann. Wird also, nachdem das schwerere Strafgesetz sich als unanwendbar gezeigt hat, aus dem leichteren Strafgesetz gestraft, so wird damit tatsächlich die Theorie von der Verbrechenseinheit aufgegeben und anerkannt, daß zwei Verbrechensfälle vorgelegen haben, von denen der erste zwar straflos bleibt, der zweite jedoch — selbstverständlich — seine Strafe finden muß. Nicht anders liegt es im Falle der Verjährung. Einstimmig wird angenommen, daß bei Idealkonkurrenz jede der konkurrierenden Gesetzesverletzungen in der ihr bestimmten Frist verjährt. Diese Annahme ist richtig, aber wiederum auch nur mögilch, wenn zwei Verbrechensfälle und zwei Strafansprüche angenommen werden. Dagegen ist nicht abzusehen, wie nach der bekämpften Ansicht das eine Verbrechen und der eine Strafanspruch in verschiedenen Fristen soll verjähren können.

Aus dem Wesen der Idealkonkurrenz als einer Verbrechenskonkurrenz und Mehrheit von Strafansprüchen ergibt

sich für ihre urteilsmäßige Behandlung, daß das Urteil bezüglich eines jeden der dem Beklagten zur Last gelegten Verbrechen sich darüber aussprechen muß, welches der drei möglichen Ergebnisse der Urteilsfindung, Verurteilung, Freisprechung oder Einstellung (§ 260 StPO.) die Hauptverhandlung erbracht hat. In einer Beziehung wird diesem Gedanken Rechnung getragen oder jedenfalls eine Behandlung im Urteil verlangt, die sich nur aus ihm rechtfertigen läßt. Wenn nämlich die Hauptverhandlung ergeben hat, daß bezüglich aller Verbrechen die materiell- und prozeßrechtlichen Voraussetzungen für eine Verurteilung gegeben sind, so soll nach der in Praxis und Wissenschaft fast ausnahmslos herrschenden Meinung auch wegen aller Verbrechen verurteilt werden. Findet dagegen das Gericht auf Grund einer vom Eröffnungsbeschluß abweichenden tatsächlichen oder rechtlichen Würdigung, daß der Angeklagte eines der ihm zur Last gelegten Verbrechen nicht begangen hat, so soll es nach der gemeinen Meinung unzulässig sein, von diesem Verbrechen — unter Verurteilung oder Einstellung im übrigen — freizusprechen.[4]) Das Reichsgericht hat nur einmal, nämlich in E. 7 S. 355 ff. (359) und auch dort nur beiläufig, die Möglichkeit, wegen des einen Verbrechens auf Freisprechung, wegen des andern auf Einstellung zu erkennen, eingeräumt. Im übrigen[5]) lehnt es in ständiger Rechtsprechung die Zulässigkeit eines zum Teil freisprechenden, zum Teil einstellenden Urteils ausdrücklich ab, nimmt vielmehr an, daß im Falle der Idealkonkurrenz das Urteil nur entweder auf Verurteilung, Freisprechung oder Einstellung lauten dürfe. Die Notwendigkeit dieser Alternative ergibt sich für diejenigen, welche in der Idealkonkurrenz nur eine Art Gesetzeskonkurrenz sehen, ohne weiteres aus der Erwägung, daß das eine Verbrechen nur einen Strafanspruch erzeugen und über diesen nur einheitlich entschieden werden kann. Von dieser, aber auch nur von dieser Ansicht aus erscheint die hier im Anschluß an Binding für richtig befundene Behandlung als ein „logisches Unding" (v. Kries S. 583). Sieht man dagegen in der Idealkonkurrenz eine Mehrheit von Verbrechensfällen,

4) Löwe-Rosenberg Erl. 7a zu § 260; Kohlrausch S. 45; v. Kries, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts 1892 S. 583; Bennecke-Beling, Lehrbuch des deutschen Strafprozesses 1900, S. 393, 396/97; Baumgarten S. 108 sowie die auf dem Standpunkt Liszt's stehende Begründung des Vorentwurfs S. 380. Wie hier Binding, Grundriß des deutschen Strafprozessrechts 5. Aufl. 1904 § 114 III 2 (S. 226) und Höpfner II S. 74/65 Anm. 10 sowie Gr. z. Dohna, Reform S. 414, der es angesichts der Tatsache, daß wegen aller Verbrechen verurteilt wird, für nur konsequent hält, daß auch bei Idealkonkurrenz teilweise Freisprechung erfolgt.

5) E. 3, 43; 29, 174 (176); 32, 280; 46, 363 (365/6).

so ergibt sich angesichts der zwischen Ideal- und Realkonkurrenz bestehenden Wesensgleichheit aus der Natur der Sache, daß wie bei der Realkonkurrenz so auch bei dem eintätigen Zusammentreffen der Richter bezüglich eines jeden der zur Anklage stehenden Verbrechen das Vorliegen der materiell- und prozeßrechtlichen Voraussetzungen gesondert zu prüfen und dieser Prüfung im Urteilstenor Ausdruck zu geben hat.[6]) Es kann sich also bei solchem theoretischen Ausgangspunkt nur noch fragen, ob das vom Reichsgericht für notwendig gehaltene Verfahren vom Gesetz zwingend vorgeschrieben ist, und diese Ansicht ist zu verneinen. Das Reichsgericht glaubt eine Stütze für seine Ansicht zunächst in § 260 StPO. finden zu können. Dieser sagt allerdings (Abs. 1 S.2): „Das Urteil kann nur auf Freisprechung, Verurteilung oder Einstellung des Verfahrens lauten." Wenn die Auffassung des Reichsgerichts richtig wäre, dann müßte als Gegenstand der durch § 260 getroffenen Regelung ausschließlich der Fall der Idealkonkurrenz angesehen werden. Denn im Sinne des Reichsgerichts aufgefaßt, d. h. als Gebot, nur alternativ auf Freisprechung, Verurteilung oder Einstellung zu erkennen, wäre die Bestimmung für den Fall einer einzigen Gesetzesverletzung, insbesondere auch bei Gesetzeskonkurrenz überflüssig, und auf Realkonkurrenz wäre sie unanwendbar, da ja für diese außer Frage steht, daß hier in dem einen Urteil von den drei in § 260 gegebenen Möglichkeiten nebeneinander Gebrauch gemacht werden kann. Bezieht man nun demgemäß § 260 auf die Idealkonkurrenz, dann spricht zwar der Wortlaut des Abs. 1 S. 2 für die Ansicht des Reichsgerichts, indessen darf dieser Satz nicht allein gelesen werden, denn Abs. 2 enthält die Regelung eines speziellen Falles aus dem Bereich des Abs. 1, er stellt nämlich an dem Beispiel des Antragsdeliktes fest, welches Verfahren der Gesetzgeber beim Fehlen einer Prozeßvoraussetzung beobachtet wissen will. Auf den Fall einer Idealkonkurrenz bezogen, würde er eine ausdrückliche Bestätigung der hier verteidigten Auffassung enthalten, denn er besagte alsdann ja, daß beim Fehlen des Antrags das Verfahren einzustellen sei, während nach dem Reichsgericht ein Erkennen auf Einstellung neben einer Verurteilung oder Freisprechung wegen eines konkurrierenden Offizialdelikts unzulässig sein soll. Offensichtlich jedoch hat der Gesetzgeber bei der Abfassung des Abs. 2 nur an den Fall

6) Ganz anders liegt es, wie gegen den dies leugnenden Rosenberg a. a. O. zu behaupten ist, wenn eine Klage nur auf ein Verbrechen gestützt ist und das Gericht statt des einen Deliktes ein anderes oder statt des einfachen das qualifizierte Delikt annimmt. In diesem Fall erfolgt keine Freisprechung. Binding, Grundriß S. 226. Anders Höpfer a. a. O.

gedacht, daß das Antragsdelikt allein zur Aburteilung steht, wie übrigens auch das Reichsgericht anerkennen muß (E. 46 S. 365). Mithin müssen wir auch den mit dem zweiten Absatz zusammengehörenden zweiten Satz des ersten Absatzes, zumal er nicht den mindesten Hinweis auf die Idealkonkurrenz enthält, auf den Fall beziehen, daß eine Gesetzesverletzung, durch eine Tat verwirklicht, zur Aburteilung steht. Dann aber kann, weil sonst überflüssig, § 260 nicht die Bedeutung eines Gebotes unbedingt einheitlicher Tenorierung haben, sondern sein Zweck muß vielmehr darin erblickt werden, daß durch ihn der Richter in der Art und Weise, wie das Ergebnis der Hauptverhandlung hinsichtlich einer Strafklage zum Ausdruck zu bringen ist, auf drei Möglichkeiten beschränkt werden soll, nämlich entweder zu verurteilen oder freizusprechen oder das Verfahren einzustellen.*)

Zur Begründung der bekämpften Ansicht wird ferner § 264 StPO. ins Feld geführt. Wenn es jedoch dort heißt, daß Gegenstand der Urteilsfindung die in der Anklage bezeichnete Tat ist, so ergibt sich daraus nur, daß über mehrere Verbrechen, sofern sie in einer Tat vereinigt sind, nur gleichzeitig und in ein und demselben Urteil entschieden werden muß, sodaß insbesondere nicht hinsichtlich einer Gesetzesverletzung verurteilt, wegen einer andern, zu deren Aburteilung das Gericht sachlich nicht zuständig ist, verwiesen werden darf. Aber daß in diesem Urteil, mag die Hauptverhandlung bezüglich der einzelnen Gesetzesverletzung ein noch so verschiedenes Bild ergeben haben, gleichwohl, nur in einer der durch § 260 vorgesehenen Möglichkeiten tenoriert werden dürfe, das kann weder dieser noch der Bestimmung des § 155 StPO. entnommen werden. Die von der herrschenden Meinung für notwendig gehaltene Behandlung der Idealkonkurrenz widerspricht nicht nur ihrem Wesen als einer Verbrechensmehrheit, sie ist auch in sich widerspruchsvoll. Denn der Forderung, daß um der Einheit der Tat willen neben der Verurteilung oder neben der Einstellung wegen des einen Delikts nicht auf die an sich erfor-

*) So ist durch § 260 hinsichtlich der Freisprechung der Richter der Notwendigkeit enthoben, je nachdem ob der Angeklagte mangels Schuld oder aber mangels eines seine Tat bedrohenden Strafgesetzes straflos bleibt, verschieden zu tenorieren, wie das der Richter nach französischem Recht tun muß oder nach früherem sächsischen Recht tun mußte (Klagefreisprechung und Straffreisprechung). Binding, Grundriß d. Str. pr., § 114 II S. 226, im Anschluß an den die beiden einschlägigen Bestimmungen des code d'instruction zitiert seien (Art. 358): Lorsque l'accusé aura été declaré non coupable, le president prononcera qu'il est acquitté . . (Art. 364). La cour prononcera l'abolition de l'accusé, si le fait dont il est declaré coupable, n'est pas défendu par une loi pénale.

derliche Freisprechung wegen des andern erkannt, vielmehr dieses Delikt mit Schweigen übergangen werden müsse, widerspricht die Annahme, daß die Verurteilung des aller Verbrechen für schuldig erachteten Angeklagten sich auf alle diese Verbrechen erstrecken muß; es widerspricht ihr ferner die herrschende Übung, nicht schlechthin, sondern ausdrücklich von den zum Urteil stehenden Delikten freizusprechen.*) Als praktische Folge ergibt sich aus der bekämpften Auffassung, wie Höpfner hervorhebt, daß der Urteilstenor nicht, wie es sich gehört, aus sich selbst verständlich ist und in den durch § 260 an die Hand gegebenen Formen die Würdigung des Tatbestandes durch das Gericht vollständig wiedergibt, sondern daß der Angeklagte seine volle Bedeutung zum Teil seinem Schweigen und den Urteilsgründen entnehmen muß.

Dagegen ist der herrschenden Meinung zuzustimmen, wenn sie in einer andern prozessualen Hinsicht, nämlich auf dem Gebiete der materiellen Rechtskraft um des bei ihr vorliegenden einzigen Faktums willen die Idealkonkurrenz der Verbrechenseinheit grundsätzlich gleichstellt und annimmt, daß gegen den Angeklagten, der wegen eines von mehreren in Tateinheit begangenen Verbrechen verurteilt oder freigesprochen worden ist, nicht noch einmal wegen der übrigen, seiner Zeit nicht berücksichtigten Verbrechen vorgegangen werden kann. Diese Notwendigkeit, bei der Anwendung des Grundsatzes „Ne bis in idem" auf das Faktum zu sehen und demgemäß die Idealkonkurrenz, obwohl sie als eine Mehrheit von Verbrechensfällen der mehrtätigen Verbrechensmehrheit wesensgleich ist, nicht wie diese zu behandeln, sondern wie einen einzigen Verbrechensfall, ergibt sich aus dem Sinn der materiellen Rechtskraft. So sehr auch der Staat darauf bedacht sein muß, durch seine Prozeßgesetze eine möglichst genaue Erforschung der zu prüfenden Tatsachen und eine richtige Anwendung seiner Gesetze auf diese Tatsachen zu ermöglichen, so kann er doch nicht diesem Ziel zuliebe zulassen, daß ein und derselbe Tatsachenkomplex, wenn aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen Zweifel an der Richtigkeit der zunächst gefundenen Entscheidung auftauchen, in immer neuen Verfahren abermals untersucht und beurteilt werde, zumal die Aufhellung eines Sachverhalts und vor allem die zweifelsfreie Beantwortung von Rechtsfragen in vielen Fällen nicht möglich ist. Im Interesse der Rechtssicherheit, deren Erhaltung dem Staate ebenso sehr am Herzen liegen muß wie die Erforschung

*) So auch in der Theorie nicht folgerichtig v Kries S. 576; konsequent dagegen verlangen Bennecke-Beling, S. 395 Freisprechung schlechthin; wie im Text Höpfner a. a. O.

der Wahrheit, und im Interesse der Autorität der Gerichte, welche schon durch die Möglichkeit, in gleichliegenden Sachen verschieden zu entscheiden, gefährdet wird, geschweige durch die Möglichkeit, in ein und derselben Sache verschieden zu urteilen, muß einmal ein Ende des Prozedierens sein, mußte das Verbot ausgesprochen werden: „Ne bis de eadem re sit actio," ohne Rücksicht darauf, ob die schließlich gefundene Entscheidung das Richtige getroffen hat oder nicht. Die Strafprozeßordnung spricht dieses Verbot nicht ausdrücklich aus, sondern nur indirekt dadurch, daß sie in den Bestimmungen über das Wiederaufnahmeverfahren die Voraussetzungen angibt, unter denen ausnahmsweise ein und dasselbe Faktum, ein und dieselbe natürliche Handlung, obwohl sie bereits in abschließender Weise auf das Vorliegen einer juristischen Handlung untersucht und beurteilt worden ist, noch einmal zum Gegenstand eines Prozesses gemacht werden darf. Da nun die Strafprozeßordnung eine einschränkende Bestimmung entsprechend dem § 322 ZPO., wonach Urteile nur insoweit der Rechtskraft fähig sind, als in ihnen über den geltend gemachten Anspruch entschieden ist nicht kennt, so läßt sich der Annahme nicht ausweichen, daß die Rechtskraft des Urteils, das nur über einen von mehreren Strafansprüchen entscheidet, sich auch auf die übrigen erstreckt, sofern die mehreren Gesetzesverletzungen eine einzige Tat bilden. Die Richtigkeit dieser Annahme erhält durch die §§ 155, 264 StPO. eine Stütze. Wenn nämlich der Gesetzgeber bei der Idealkonkurrenz die Rechtskraft auf alle Strafansprüche erstrecken wollte, so müßte er, um die schädliche Folge der Rechtskraft, welche ein neues Verfahren zur Richtigstellung von Fehlern und Irrtümern hindert, möglichst zu verringern, dem Gericht die allseitige Prüfung des einen Faktums auf das Vorliegen juristischer Handlungen zur Pflicht machen und eben diese Pflicht und die Befugnis zu völliger Umgestaltung des Klageantrages werden durch jene Bestimmungen begründet.

Der Grundsatz, daß bei der Idealkonkurrenz das Urteil auch bezüglich der Strafansprüche, über die das Gericht nicht entschieden hat, in Rechtskraft erwächst, erleidet freilich eine wichtige Ausnahme, in welcher wiederum das Wesen der Idealkonkurrenz als einer Verbrechensmehrheit zum Vorschein kommt. Sofern nämlich das Gericht aus rechtlichen Gründen an der Berücksichtigung eines Verbrechens gehindert war, kann von einem Verbrauch der Strafklage insoweit keine Rede sein. Wenn das Gericht das betreffende Verbrechen erkannt und wenn es richtig tenoriert hat, so wird schon durch den Tenor des Urteils angezeigt, daß es insoweit nicht in Rechtskraft erwächst. Gesetzt den Hauptfall des rechtlichen

Hindernisses, das Fehlen eines erforderlichen Strafantrages, so ist bezüglich des Antragsverbrechens gemäß § 260 auf Einstellung zu erkennen, und da diese Einstellung auf dem Mangel einer Prozeßvoraussetzung und der damit verbundenen Unmöglichkeit, zur Zeit in eine Prüfung der Strafklage einzutreten, beruht, so erscheint das über die ganze Tat gefällte und hinsichtlich der übrigen Strafansprüche auf Verurteilung oder Freisprechung lautende Urteil bezüglich des Antragsdelikts als ein Vorbehaltsurteil und es wäre also, wie Beling hervorhebt (Bennecke-Beling S. 416/17), widersinnig, solchenfalls die Rechtskraft auf die ganze Tat, auf alle aus ihr fließenden Strafansprüche zu erstrecken. Nichts anderes kann gelten, wenn das Gericht das Vorliegen des Antragsdelikts übersehen hat, da es ja, auch wenn jenes von ihm erkannt worden wäre, wegen der rechtlichen Unmöglichkeit, es zu würdigen, doch zu keiner anderen Entscheidung als zu einer materiellen Rechtskraft nicht schaffenden Einstellung hätte kommen können. Es muß eingeräumt werden, daß gerade für den Fall des mangelnden Strafantrags aus der erläuterten Rechtslage sich für den Angeklagten eine große Härte ergibt. Wenn gegen ihn wegen eines der begangenen Delikte eingeschritten wird, so ist dem Verletzten eher zuzumuten, daß er in diesem Falle ungeachtet der ihm sonst zustehenden Frist sich über den Gebrauch seines Antragsrechts alsbald schlüssig werde, als dem Angeklagten, daß er um der säumigen Antragstellung willen eine neue Hauptverhandlung auf sich nehme. Im Privatklageverfahren hat der Gesetzgeber, in der richtigen Erwägung, daß der Schutz des Angeklagten gegen eine nochmalige Verhandlung höher zu stellen ist als das Recht des Verletzten, innerhalb einer Frist Privatklage zu erheben, durch § 375 StPO. dafür gesorgt, daß trotz der Mehrheit von Klagerechten der Angeklagte zu ihrer Erledigung nur einem Verfahren unterworfen wird, indem er in jener Bestimmung vorschreibt, daß jede in der Sache selbst ergangene Entscheidung zu Gunsten des Beschuldigten ihre Wirkung auch gegenüber solchen Berechtigten äußert, welche die Privatklage nicht erhoben haben (§ 375 Abs. III). Außerhalb des Privatklageverfahrens jedoch fehlt es an einer entsprechenden Ausnahmebestimmung, sodaß nicht nur, wie oben ausgeführt, beim Zusammentreffen von Offizial- und Antragsdelikt, sondern auch beim Zusammentreffen zweier Antragsdelikte die Erledigung der einen Strafklage die Existenz der andern unberührt läßt.*)

*) In dem Streit über die Bedeutung des § 375 ist also der herrschenden Meinung und insbesondere dem Reichsgericht insoweit Recht zu geben,

Wenngleich darüber Einstimmigkeit herrscht, daß im Falle der Idealkonkurrenz die Rechtskraft sich grundsätzlich auf alle aus der Tat sich ergebenden Strafansprüche erstreckt, so ist doch sehr bestritten, ob die hier gemachte Ausnahme anzuerkennen ist. Höpfner (II S. 178) und v. Kries (S. 595) verlangen ausnahmslose Anerkennung des Satzes „Ne bis in idem". Wer das Verbrechen mit dem historischen Vorgang identifiziert, — und das tun ja beide Schriftsteller —, der kann freilich, wenn er konsequent sein will, keine Ausnahme aner-

als von ihnen gegen Binding (HB S. 633 N. 6) und Kohlrausch (S. 65) angenommen wird, daß § 375 sich auch auf den Fall der eintätigen Verbrechensmehrheit bezieht. Die Entstehungsgeschichte des heutigen § 375, auf die das Reichsgericht in E. 3 S. 362 ff. (364) hinweist, stellt zunächst einmal außer Zweifel, daß er nicht nur den Fall, daß aus einer Verletzung mehrere Antragsrechte entstehen, sondern auch den andern Fall im Auge hat, daß die mehreren Antragsteller selbst Verletzte sind. Denn der dem § 375 entsprechende § 337 des Entwurfs stimmte mit diesem wörtlich überein, nur daß er im letzten Absatz statt „Berechtigte" den Ausdruck „Verletzte" brauchte. Nur aus dem redaktionellen Grunde, daß der erste Absatz auch von der Berechtigung zur Privatklage sprach, wurde im letzten Absatz diese Änderung in der Bezeichnung vorgenommen. Der Fall der sog. gleichartigen Idealkonkurrenz ist also zweifellos durch § 375 gedeckt. Da es sich jedoch hierbei nur um einen Verbrechensfall handelt, stellt § 375 insoweit noch keine die Geltung der Rechtskraft betreffende Ausnahmebestimmung dar, sondern bestätigt nur den von Binding aufgestellten, anzuerkennenden Grundsatz, daß alle aus demselben Delikt fließenden Antragsberechtigungen nur Bedingungen derselben Strafklage sind und also alle notwendig untergehen, wenn über die Strafklage erst ein rechtskräftiges Urteil vorliegt (Binding HB S. 633). Die Bedeutung des § 375 würde sich hierin erschöpfen, wenn wir, was Binding freilich annimmt, aus dem Umstand, daß der erste Absatz von „derselben strafbaren Handlung" spricht, entnehmen müßten, daß er sich nur auf den Fall der Verbrechenseinheit bezieht. Zu diesem Schluß sind wir jedoch zumindestens nicht gezwungen, weil die Prozeßordnung zunächst es nur mit Gegenständen der Wirklichkeit zu tun hat, von denen erst festgestellt werden soll, ob sie Verbrechensfälle sind. Der Ausdruck „strafbare Handlung" wird deshalb im Bereich der StPO im Zweifel nicht auf die juristische Handlung, sondern auf die natürliche Handlung zu beziehen sein. Für andere Bestimmungen der Prozeßordnung scheint mir das unzweifelhaft. So kann es sich bei der „Anzeige strafbarer Handlungen" in § 158 Abs. I nur um die den juristischen Handlungen zu Grunde liegenden historischen Vorgänge handeln, denn nur diese, nicht jene, vermögen in der Regel von anzeigenden Laien angegeben zu werden. Desgleichen soll mit dem in § 416 gebrauchten Ausdruck „strafbare Handlung" offensichtlich nichts anderes bezeichnet werden als mit dem in Abs. II gebrauchten „Tat". Es kommt hinzu, daß, wie im Text ausgeführt wurde, mit dieser Auslegung auch das bessere Ergebnis erreicht wird, was Binding verkennt (HB S. 635). Dagegen ist der herrschenden Meinung darin zu widersprechen, als sie § 375 als Bestätigung der Regel auffaßt, daß die Rechtskraft die ganze Tat und mithin auch die nichtberücksichtigten Antragsdelikte ergreift. Dabei wird verkannt, worauf Reiffel (Goltd. Arch. 42, S. 91) m. E. zutreffend hinweist, daß es sich um eine Ausnahmebestimmung handelt.

kennen, denn die Entscheidung über einen einzigen Strafanspruch kann nicht zugleich rechtskräftig und wiederum nicht rechtskräftig sein. Stehen aber bei der Idealkonkurrenz mehrrere Verbrechensfälle und mithin mehrere Strafansprüche zur Entscheidung, so ist nicht einzusehen, wie aus dem Wesen der Rechtskraft folgen soll, daß auch der Strafanspruch, über den das Gericht gar keine sogleich materiell rechtskräftige Entscheidung treffen konnte, sondern nur eine solche, die vorbehaltlich späterer rechtzeitiger Behebung des Prozeßhindernisses als rechtskräftig erledigt angesehen werden muß. Das Reichsgericht erkennt zwar die hier gemachte Ausnahme an, aber es rechnet den Mangel des Strafantrags unter die tatsächlichen Hinderungsgründe und legt ihm deshalb keine die materielle Rechtskraft hemmende Wirkung bei.[7]) Zur Begründung dieser schwer begreiflichen Auffassung führt es an, daß das Gericht „an der Erörterung der Tat unter dem Gesichtspunkt des konkurrierenden Delikts nicht, sondern nur an der Anwendung des Strafgesetzes auf dieses Delikt gehindert sei.“[8]) Aber einmal ist schwer zu verstehen, wie die Möglichkeit zu einer sozusagen ganz platonischen Erörterung, nämlich einer solchen „ohne vorausgegangene Klage, ohne Anhörung des Verletzten und des Angeklagten, ohne (nach dem Reichsgericht, d. Verf.) urteilsmäßige Entscheidung“[9]) zu einem Verbrauch der Strafklage führen soll; sodann ist zu bedenken, was das Reichsgericht freilich leugnet, daß im Falle des mangelnden Strafantrags, auch wenn das Antragsdelikt mit einem andern Delikt idealiter konkurriert, gemäß § 260 Abs. II StPO. eine Entscheidung ergehen muß, die nicht endgültig ist, daß aber die Möglichkeit zu abschließender Entscheidung Voraussetzung für den Verbrauch der Strafklage ist, wie das Reichsgericht mit Rücksicht auf einen andern Fall des rechtlichen Hindernisses in E. 56 S. 166 selbst anerkennt, wo es ganz allgemein sagt: „Ein Verbrauch der Strafklage tritt nur dann ein, wenn das zuerst erkennende Gericht die Möglichkeit hatte, die den Gegenstand der Urteilsfindung bildende Tat nach allen in Betracht kommenden strafrechtlichen Gesichtspunkten abschließend (!) zu würdigen.“[10])

In anderer Weise wird die Ausnahme des rechtlichen Hindernisses von Binding eingeschränkt.[11]) Er läßt ein erneutes

7) E. 3, 210 (213); 49, 272; 51, 141; 29, 156.
8) E. 3, 385 ff. (387); ebenso Rosenberg Vorbem. z. 1. Abschn. d. 2. Buches N. 24 b.
9) Reiffel, Goltd. Arch. 42 S. 91.
10) Daß das Reichsgericht sich auch auf § 375 StPO. nicht stützen kann, darauf wurde bereits oben S. 100 Anm. hingewiesen.
11) HB S. 633/4.

Verfahren nur dann zu, wenn im ersten Urteil über das leichtere Delikt erkannt worden war. Seiner Ansicht nach ist zwar auch in diesem Fall die Strafklage nicht verbraucht, aber wegen Zwecklosigkeit untergegangen, denn die leichteren Delikte seien nur Strafzumessungsgründe, gemäß § 363 StPO. finde jedoch eine Wiederaufnahme des Verfahrens zum Zwecke der Änderung der Strafe innerhalb des durch dasselbe Gesetz bestimmten Strafmaßes nicht statt. Der von Binding angezogene § 363 paßt indessen hier nicht, denn sich auf die §§ 359, 362 beziehend und diese einschränkend, setzt er wie diese eine materiell rechtskräftige, also abschließende Entscheidung bezüglich eines Verbrechens voraus. Wie zu zeigen versucht wurde, liegt bei mangelndem Antrag eine solche bezüglich des Antragsdeliktes nicht vor.

Wenn demnach uneingeschränkt daran festgehalten werden muß, daß ein Verbrauch der Strafklage nicht eintritt, soweit das Gericht aus Rechtsgründen gehindert war, eine abschließende Entscheidung zu fällen, so muß andrerseits die Ansicht Kohlrauschs zurückgewiesen werden, daß darüber hinaus auch die auf tatsächlichen Gründen beruhende Unmöglichkeit, ein idealkonkurrierendes Delikt zu berücksichtigen, der materiellen Rechtskraft entgegenstehe (Diss. S. 57 ff.). Der Satz „Ne bis in idem," sagt Kohlrausch, ist keine Naturwahrheit, wie etwa der Satz, daß niemand für einen Erfolg strafrechtlich verantwortlich gemacht wird, der nicht ursächlich auf ihn zurückzuführen ist. Er sei vielmehr nichts anderes als eine im Interesse der Autorität der öffentlichen Rechtsprechung wie im Interesse der allgemeinen Rechtssicherheit aufgestellte Forderung. Es sei deshalb nicht zu fragen, wann Identität der Tat vorliege, eine Frage, die sich seiner Ansicht nach gar nicht beantworten läßt, sondern es sei zu fragen: „Wann verbieten Zweckmäßigkeit und Billigkeit, daß ein Urteil ergehe über ein Delikt, welches mit einem bereits abgeurteilten Delikt idealiter konkurriert". Nach Kohlrauschs Ansicht ist diese Forderung nur dann zu erheben, wenn der Richter durch ein Verschulden seinerseits es versäumt hat, ein mit dem zur Anklage gestellten idealkonkurrierendes Delikt zum Gegenstand der Verhandlung und des Urteils zu machen, während sie nicht begründet sein soll, wenn der Richter es nicht berücksichtigen konnte. Die von Kohlrausch aufgestellte Prämisse ist ganz richtig. Der Satz „Ne bis in idem" ist allerdings keine moralische Elementarforderung, — von einer „Naturwahrheit kann natürlich in einem Reich der Normen überhaupt keine Rede sein —, wie etwa der Satz, daß niemand wegen ein und desselben Verbrechens zwei Mal bestraft werden darf, oder

wie der von Kohlrausch angeführte Satz. Aber gerade weil er das nicht ist, muß Kohlrauschs Theorie abgelehnt werden. Wenn wir den Verbrauch der Strafklage auch da nicht eintreten lassen, wo der Richter aus tatsächlichen Gründen das Vorhandensein eines konkurrierenden Verbrechensfalles nicht erkennen konnte, so wird mit dieser weiteren Einschränkung zwar die Möglichkeit verringert, daß ein Schuldiger zu einem Teil straffrei ausgeht, und somit der Gerechtigkeit ein Dienst erwiesen. Aber dieser Gewinn würde andererseits durch jene nachteiligen Folgen aufgehoben, deren Vermeidung gerade mit Rücksicht auf die von Kohlrausch anerkannten Zwecke der materiellen Rechtskraft geboten erscheint. Denn, wie Ilse Ehrhardt zutreffend hervorhebt (S. 59), vermag die materielle Rechtskraft ihrem Zwecke, die Achtung des Publikums vor der Rechtsprechung aufrechtzuerhalten, nicht zu dienen, wenn sie von der stets notwendig werdenden Prüfung abhängig gemacht wird, ob den ersten Richter ein Verschulden trifft, einer Prüfung, an der jener Richter unter Umständen selbst teilzunehmen genötigt wäre. Die Ansicht Kohlrauschs ist deshalb mit Recht allgemein abgelehnt worden.

Nicht gerechtfertigt ist ferner die Einschränkung, die das Reichsgericht bei der Anwendung des ne bis in idem für den Fall macht, daß in dem ersten Verfahren durch amtsrichterlichen, mangels Einspruchs formell rechtskräftig gewordenen Strafbefehl entschieden worden ist. Von einer rechtlichen Unmöglichkeit, in dem besonderen Verfahren der 407 ff. StPO., alle idealkonkurrierenden Delikte zu berücksichtigen, kann angesichts der dem Amtsrichter gegebenen Möglichkeit, ohne weiteres die Sache zur Hauptverhandlung, zu bringen (§ 408 Abs. II), keine Rede sein. Es handelt sich hier vielmehr um eine neue Ausnahme. Das Reichsgericht rechtfertigt sie mit der Begründung, daß der Satz „Ne bis in idem" und die Bestimmungen über die Befugnis des Gerichts zu allseitiger Prüfung des konkreten Sachverhalts und zu ihr entsprechender Umgestaltung der Strafklagen korrelate Grundsätze sind und mithin der Umfang der Rechtskraft nur soweit reicht als jene Befugnis [12]). Da es nun in dem Verfahren nach §§ 407 ff., sofern der Angeklagte keinen Einspruch eingelegt hat, ohne mündliche Verhandlung zur Entscheidung kommt, der Amtsrichter auch, wenn er den Strafbefehl erlassen will, nach dem Klageantrage entscheiden muß, so soll in diesem Fall einem erneuten Verfahren bezüglich der nichtberücksichtigten Delikte der Grundsatz der Rechtskraft nicht entgegenstehen. Die

12) RGE. 2, 211; 2, 347; 3, 385; 4, 243; 5, 101; 7, 32, 229, 355; 8, 135; 9, 321; 15, 112.

Widerlegung des Reichsgerichts ist am nachdrücklichsten von v. Kries unternommen worden (S. 595—597). Ihm ist zuzustimmen, wenn er das Vorhandensein einer notwendigen Beziehung zwischen den §§ 155, 264 StPO. und dem Grundsatz der Rechtskraft leugnet. Nur dies muß eingeräumt werden, daß jener Grundsatz dem Gesetzgeber, der ihn anerkennt, nahelegt, ein Verfahren so zu regeln, daß ein erschöpfendes und richtiges Ergebnis ermöglicht wird. Die genannten Bestimmungen beweisen weiter nichts als daß sich der Gesetzgeber dieser Notwendigkeit im ordentlichen Verfahren bewußt gewesen ist. Wenn er dagegen bei der Regelung eines besonderen Verfahrens zur Vermeidung der aus der Rechtskraft sich möglicherweise ergebenden schädlichen Folgen nicht die erforderliche gesetzliche Handhabe bietet, so können sie nicht einfach durch die Annahme beseitigt werden, daß insoweit die Entscheidung nicht in Rechtskraft erwachsen sei. Die Ansicht des Reichsgerichts wäre, da, wie v. Kries hervorhebt, die Schaffung materieller Rechtskraft regelmäßig Zweck auch eines besonderen Verfahrens sein muß, wenn es Daseinsberechtigung haben soll, auch dann zu verwerfen, wenn in den Bestimmungen über das Verfahren bei amtsrichterlichen Strafbefehlen nicht die Vorschrift des § 410 enthalten wäre. Nun bestimmt diese aber zum Überfluß ausdrücklich, daß ein Strafbefehl, gegen welchen nicht rechtzeitig Einspruch eingelegt worden ist, die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils erlangen soll, und es ist demgegenüber keine Auslegung, sondern eine — unzulässige — Korrektur des Gesetzes (Höpfner II S. 179), wenn das Reichsgericht von der Wirkung der Rechtskraft den besprochenen Fall ausnimmt, wenn es auch, wie eingeräumt werden muß, eine Verbesserung ist. Denn der Richter wird allerdings mangels einer ausführlichen Erörterung der Sache in der Hauptverhandlung unter Umständen das Vorhandensein eines idealkonkurrierenden Delikts garnicht sehen können, aber auch, wenn es ihm möglich ist, wird er bei diesem summarischen Verfahren ein idealkonkurrierendes Delikt leicht übersehen. Alle Entwürfe einer neuen Strafprozeßordnung enthalten denn auch die im geltenden Recht fehlende, unentbehrliche Sonderbestimmung, welche die de lege lata falsche Praxis des Reichsgerichts zum Gesetze erhebt.

Die strafrechtliche Behandlung eines im ersten Verfahren nicht berücksichtigten Deliktes bietet Schwierigkeiten, da der Gesetzgeber an die Möglichkeit einer gesonderten Aburteilung der in einer Tat vereinigten Verbrechen nicht gedacht hat. Indessen kann dieser Umstand, wie im Anschluß an Binding zu sagen ist (HB. S. 634) nicht dazu führen, ein

Delikt, das seine rechtskräftige Aburteilung noch nicht gefunden hat, straflos zu lassen, denn damit würde § 73 StGB., der nur ein Modus für die Bestrafung aller Delikte aufstellen will, seiner Bestimmung zuwider strafbefreiende Wirkung beigelegt [13]). Da eine unmittelbare Anwendung des § 73 nicht möglich ist, so bleibt, um dem Geist des Gesetzes gerecht zu werden, nur übrig, so gut wie möglich den Grundgedanken jener Bestimmung, daß im Falle der Idealkonkurrenz nur auf eine Strafe, und zwar auf die Strafe des schwersten Gesetzes erkannt werden darf, bei der neuen Straffestsetzung durchzuführen. Es darf deshalb in dem neuen Verfahren nicht auf eine selbständige Strafe erkannt werden, vielmehr ist der vom Reichsgericht angegebene Weg einzuschlagen [14]). Danach hat das Gericht, gleich als wäre das erste Urteil nicht in der Welt, alle in der Tat vereinigten Delikte aufs neue zu prüfen und aus dem Strafrahmen des schwersten die Strafe zu bilden, die ihm angemessen erscheint, während es die frühere als wegfallend zu bezeichnen hat. War in dem ersten Verfahren aus dem schwersten Strafgesetz gestraft worden und erachtet das Gericht die seiner Zeit ausgeworfene Strafe als eine genügende Sühne für alle Delikte, so bleibt die früher ausgesprochene Strafe bestehen und es wird wegen des noch nicht erledigten Delikts lediglich verurteilt mit dem Zusatz, daß es bei der früher erkannten Strafe sein Bewenden behält.

Nicht minder wichtig als der erörterte Unterschied zwischen Ideal- und Realkonkurrenz auf dem Gebiete der Rechtskraft ist der, nicht auf ihrer tatsächlichen Verschiedenheit, sondern auf der Verschiedenheit ihrer Bestrafung beruhende Unterschied ihrer Behandlung in der Revisionsinstanz. Stellt das Revisionsgericht auf die Revision des Angeklagten hin fest, daß er eines der ihm zur Last gelegten Delikte nicht begangen hat, daß jedoch im übrigen seine Revision unbegründet ist, so hat es im Falle der Idealkonkurrenz das ganze Urteil aufzuheben und die Sache zu vollständig neuer Verhandlung zurückzuverweisen, im Falle der Realkonkurrenz jedoch hat es selbst wegen jenes Deliktes freizusprechen, während das Gericht der unteren Instanz aus den bestehenbleibenden Ein-

13) Reiffel, der anerkennt, daß bei rechtlichem Hindernis die Strafklage des Deliktes, bei dem jenes vorliegt, nicht verbraucht wird, hält wegen § 73 StGB. ein neues Verfahren schlechthin für unzulässig (Goltd. Arch. 42 S. 93). Auch v. Kries stützt sich auf dieses Argument (S. 597).

14) E. 49, 272 ff. (274); 56, 161 (167).

satzstrafen eine neue Gesamtstrafe zu bilden hat [15]). Eine Verschiedenheit ergibt sich ferner für den Gang des Verfahrens aus § 155 und den §§ 265, 266 StPO. Nach der ersten Bestimmung darf und muß das Gericht seine Untersuchung und Entscheidung auf ein durch die Anklage nicht berücksichtigtes Delikt nur dann erstrecken, wenn es mit dem zur Anklage stehenden idealiter konkurriert, während es im Falle der Realkonkurrenz nur auf einen neuen Klageantrag hin tätig werden darf. Nur für den Fall des mehrtätigen Zusammentreffens bedarf es auch nach eröffneter Hauptverhandlung eines Antrags der Anklagebehörde sowie der Zustimmung des Angeklagten zur Entscheidung über ein neu hervorgetretenes Delikt.

Daß schließlich die Idealkonkurrenz wegen ihrer tatsächlichen Übereinstimmung in dem wesentlichsten Punkt, in der Einheit des natürlichen Handelns, mit der Verbrechenseinheit dieser in der Anwendung der Bestimmungen über den Begehungsort der Handlung gleichsteht, bedarf keiner Erörterung.

15) Für diejenigen, die in der Idealkonkurrenz eine Verbrechenseinheit sehen, ergibt sich die Notwendigkeit, bei Idealkonkurrenz das ganze Urteil aufzuheben, schon aus dem Wesen dieser Konkurrenzart. So denn auch folgerichtig Begr. z. VE. S. 381.

§ 9.

Die Behandlung von Ideal- und Realkonkurrenz in den Entwürfen.

Es ist zu zeigen versucht worden, daß die durch § 73 StGB. vorgeschriebene Verhängung von nur einer Strafe mit dem Wesen der Idealkonkurrenz als einer Verbrechensmehrheit nicht unvereinbar ist und daß der Gesetzgeber denn auch in der Tat diese Regelung nicht getroffen hat, weil er hier nur ein Verbrechen, sondern obwohl er deren mehrere für vorliegend erachtete. Es mußte jedoch andrerseits eingeräumt werden, daß die Regelung der §§ 73, 74 StGB. sich ebenso und noch besser mit der Liszt'schen Ansicht verträgt, ja ihre Annahme geradezu herausfordert, indem sie vom Boden dieser Anschauung aus sich als eine sinnfällige Verwirklichung des Grundsatzes „Quot crimina, tot poenae" darstellt, sodaß ein Gesetzgeber, der jener Auffassung folgt, nichts Besseres tun kann als den derzeitigen Rechtszustand beizubehalten. Die Verfasser des Vorentwurfs handelten denn auch nur folgerichtig, wenn sie die geltenden Vorschriften ihrem grundlegenden Inhalt nach übernahmen, obwohl sie von der dem Grundgedanken des geltenden Rechts entgegengesetzten Ansicht ausgingen, daß die Idealkonkurrenz nur einen Verbrechensfall darstellt. So wurde in inhaltlicher Übereinstimmung mit § 73 StGB. in einem § 90 S. 1 vorgeschrieben: „Verletzt eine Handlung mehrere Strafgesetze, so ist die Strafe aus dem Gesetze zu bestimmen, das die schwerste Strafe, bei ungleichen Strafarten die schwerste Strafart androht". Für den Fall der Realkonkurrenz dagegen wurde durch die §§ 91, 92 das verwickelte System der §§ 74—78 StGB. übernommen, das, wie Binding gezeigt hat [1]), genau genommen in vier Systeme zerfällt [2]).

---

1) Grundriß d. deutsch. Str. R. S. 292.

2) So wurde für die Todes- und die lebenslängliche Zuchthausstrafe sowie für Geldstrafen und die an ihre Stelle tretenden Freiheitsstrafen das Kumulationsprinzip (§§ 91 Abs. I, 92 Abs. I), für zeitige Freiheitsstrafen das Gesamtstrafenprinzip, so wie es durch § 74 StGB. geregelt ist, beibehalten (§ 91), dieses jedoch auch auf die durch Übertretungen verwirkten Strafen erstreckt, weil der VE. für diese zum Teil bis zu drei Monaten Gefängnis und Haft androhte (Begr. 394). Die Regelung wurde ferner dadurch vereinfacht, daß eine dem jetzigen § 75 entsprechende Bestimmung nicht aufgenommen wurde; der Grund hierfür lag darin, daß der VE. die Festungshaft aufgab und die leichteste der drei von ihm vorgesehenen Strafarten, die Haft, die im Gegensatz zum geltenden Recht auch für Verbrechen und Vergehen vorgesehen und dementsprechend sogar eine lebenslängliche sein konnte (§ 19 VE.), nicht als custodia honesta aufgefaßt wissen wollte. Eine Ausnahme für sie

Zur Begründung wurde unter Berufung auf Liszt, Heinemann, Wachenfeld und Höpfner das an früherer Stelle zurückgewiesene Argument angeführt, daß das Verbrechen eine natürliche Handlung sei und daß es deshalb von entscheidender Bedeutung sei festzustellen, ob Tatbestände durch eine oder mehrere Handlungen verwirklicht seien, „denn eine Handlung kann naturgemäß nur von einer Strafe getroffen werden." (Begr. S. 369). Nichtsdestoweniger lassen es die Motive ebenso an der notwendigen Folgerichtigkeit fehlen wie die meisten der Schriftsteller, deren Grundansicht sie teilen. So wird mit der bereits gerügten Inkonsequenz angenommen, daß wegen aller Gesetzesverletzungen verurteilt werden müsse, desgleichen, daß jede abgeurteilte Gesetzesverletzung rückfallbegründend wirke [3]). Ganz richtig wird die sich aus ihrer Auffassung ergebende Rechtslage von den Motiven folgendermaßen beschrieben (Begr. S. 379): „Da die eine Handlung, trotz mehrfacher Beziehung, nur eine Strafe nach sich ziehen kann, die mehrfachen Strafdrohungen aber gleichberechtigt (!) nebeneinanderstehen, kann diese Frage (scil. welche Strafdrohung anzuwenden sei) nur durch das Gesetz entschieden werden." Die Begründung des VE. nahm, was im Hinblick auf diese angebliche Alternativität der Verbrechensbegriffe und der mit ihnen verbundenen Strafdrohungen sehr inkonsequent war, an, daß die Bestrafung wegen aller rechtlichen Beziehungen der Handlung erfolgen müßte, was, wie schon ausgeführt wurde, in Wahrheit bedeutet, daß nicht mehr wegen der Handlung, sondern wegen der auf sie passenden Verbrechensbegriffe, gestraft und damit de facto das konkrete Verbrechen mit der Rechtswirklichkeit „Gesetzesverletzung" gleichgestellt wird. Sie verkannte deshalb auch, daß von ihrem theoretischen Standpunkt aus die Strafe im Falle der Idealkonkurrenz mit Notwendigkeit an dem Maximum der schwersten Strafdrohung ihre Grenze findet, und glaubte, von der Anwendung des Asperationsprinzips nur deshalb absehen zu sollen, weil hierfür im Hinblick auf die weiten Strafrahmen kein Bedürfnis bestünde. Mit Rücksicht

von dem Grundsatz der Umwandlung der leichteren Strafart in die schwerere (nach einem in § 25 VE., mit dem heutigen § 21 übereinstimmenden Tarif) wurde für den Fall gemacht, wenn nach erfolgter Umrechnung die mit Gefängnis zusammentreffende Haftstrafe sich als die Freiheitsstrafe von längerer Dauer darstellte; in diesem Falle sollte die Gefängnisstrafe in Haftstrafe umgewandelt werden! (§ 91 Abs. II). § 79 StGB. wurde in § 93 wörtlich übernommen.

3) Daß hinsichtlich des Rückfalls die Streitfrage für den VE. bedeutungslos wurde, da er ihn ganz allgemein und ohne Rücksicht auf Gleichartigkeit der Fälle als Strafschärfungsgrund verwandte, wurde bereits hervorgehoben (S. 98).

auf die nicht folgerichtige Erwägung, daß wegen aller Gesetzesverletzungen gestraft werden müßte, wurde sogar der für die Liszt'sche Anschauung viel besser passende Wortlaut des § 73 StGB. aufgegeben und statt dessen für den bereits zitierten § 90 die Fassung gewählt, daß die Strafe „aus (!) dem — schwersten — Gesetze zu bestimmen sei", eine Fassung, die, falls einheitliche Bestrafung der Idealkonkurrenz für richtig gehalten wird, vom Boden der hier vertretenen Auffassung erwünscht und streng genommen nur mit ihr vereinbar wäre. Nicht minder ungerechtfertigt vom Standpunkt des VE., dagegen von dem der herrschenden Meinung aus sehr zu begrüßen und sachlich richtig war die neue Bestimmung, daß auf Nebenstrafen und sichernde Maßnahmen erkannt werden könnte, wenn sie auch nur in einem der verletzten Gesetze vorgeschrieben oder zugelassen sind (§ 90 S. 3). Denn ist die Idealkonkurrenz eine Verbrechenseinheit, dann verstößt die Verhängung zweier Nebenstrafen ebensosehr gegen den ja auch vom VE. ausdrücklich anerkannten Grundsatz „Quot crimina, tot poenae" als wenn zwei Hauptstrafen verhängt würden, da es sich bei diesen Nebenfolgen eben um Strafen handelt [4]). Ist die Idealkonkurrenz aber eine Verbrechensmehrheit, dann ist die Regelung des § 73 StGB., mag man sie auch sonst billigen, gewiß ein Mangel.

Der Gegenentwurf steht auf demselben theoretischen Standpunkt wie der VE und trifft im Großen und Ganzen auch dieselbe Regelung. [5])

4) Dagegen zu diesem wie zu den anderen Punkten Begr. S. 380: „Daß die Strafe nur aus dem die schwerste Strafdrohung enthaltenden Gesetz zu bestimmen ist und deshalb die in den konkurrierenden Gesetzen vorgesehenen Strafminima den Richter nicht binden, auch in ihnen angedrohte Nebenstrafen nicht zur Anwendung gebracht werden können, wenn sie in der schwersten Strafdrohung fehlen, ist eine Folge der positivrechtlichen Regelung. Daß sich diese Grundsätze aus der Auffassung der Idealkonkurrenz mit logischer Notwendigkeit ergeben, ist nicht anzuerkennen."

5) Bezüglich der Idealkonkurrenz wählt er in dem betreffenden § 99 die Fassung: „Fällt eine Handlung unter mehrere Strafgesetze . . .," um dem Binding'schen Gedanken Rechnung zu tragen, daß der Verbrecher das Strafgesetz nicht verletzt, sondern ihm gemäß handelt (Begr. 135). Die Bestimmung, daß bei ungleichen Strafarten die schwerste Strafart entscheide, läßt er fort, weil er einen dem geltenden § 21 entsprechenden Tarif nicht aufstellt und durch eine entsprechende Einrichtung der Strafdrohungen des besonderen Teils den Fall vermeidet, daß von zwei Strafdrohungen die eine als schwerste Strafart eine gelindere Strafart mit höherem Maximum androht (Begr. S. 136). — Bei der Regelung der Realkonk. kehrt er insofern zum geltenden Recht zurück, als er, an dem Charakter der Haft als einer custodia honesta festhaltend, wiederum eine dem geltenden § 75 entsprechende Bestimmung einstellt (§ 101), welche beim Zusammentreffen von Haft und Gefängnis die Anwendung des Kumulationsprinzip vorschreibt.

Der Entwurf der Strafrechtskommission von 1913 und der mit ihm bezüglich der Vorschriften über Konkurrenz inhaltlich voll übereinstimmende Entwurf von 1919 erhalten ebenfalls ihrem Inhalte nach die geltenden Bestimmungen über das Zusammentreffen strafbarer Handlungen fast vollständig aufrecht, und wo sie Änderungen vorschlagen, da sind es Verbesserungen. Sie übernehmen zunächst die bereits in den früheren Entwürfen vorgesehene Bestimmung, daß bei Idealkonkurrenz auch auf die Nebenstrafen erkannt werden kann, die in den nicht zur Anwendung kommenden milderen Strafgesetzen enthalten sind. (§ 39 Abs. II E 13, § 32 Abs. II E 19.) Sie bestimmen ausdrücklich, was richtiger Ansicht nach auch schon dem geltenden Recht zu entnehmen ist, daß auf kein niedrigeres Strafmaß und auf keine mildere Strafart erkannt werden darf als nach einem der nicht zur Anwendung kommenden leichteren Strafgesetze zulässig ist (§ 39 Abs. I S. 2 E 13; § 32 Abs. I S. 2 E 19), während der VE von einer solchen Bestimmung absichtlich Abstand genommen hatte, weil er, von seinem Standpunkt mit Recht, es für möglich hielt, daß ein bei Idealkonkurrenz vorliegender Verbrechensfall mildere Beurteilung verdiene als ein lediglich dem milderen Strafgesetz entsprechender Verbrechensfall (Begr. S. 385). In den Strafbestimmungen über Realkonkurrenz fehlt eine dem geltenden § 77 StGB. (Kumulation bei Haftstrafen) entsprechende Bestimmung, da Haft nach den Entwürfen nur mehr Ersatzstrafe für uneinbringliche Geldstrafen ist. Die §§ 43 bezw. 36 der Entwürfe, die den Fall der sogenannten Realkonkurrenz im weiteren Sinne betreffen und also dem geltenden § 79 StGB. entsprechen, ersetzen den in dieser Bestimmung gebrauchten Ausdruck „vor der Verurteilung" durch die Wendung, „vor der Verkündung des Urteils" und stellen damit in wünschenswerter Weise klar, was die herrschende Lehre dem § 79 StGB. schon jetzt durch Auslegung entnimmt, daß nämlich der Verurteilte der Wohltat einer Gesamtstrafe nicht mehr teilhaftig wird für eine neue strafbare Handlung, die er nach Verkündung, wenn auch vor Rechtskraft des seine früheren Delikte betreffenden Urteils begeht. Zum Kommissionsentwurf ist eine Begründung nicht erschienen. Die Denkschrift zu E. 19 enthält sich im Gegensatz zum VE. und GE. einer Äußerung über ihre Stellung im Streit um das Wesen der Idealkonkurrenz. Die sachliche Regelung, insbesondere die Zulassung mehrerer Nebenstrafen bei Idealkonkurrenz sowie die Begrenzung des geringsten Strafmaßes und der Strafart durch das Minimum und die Strafart der milderen Strafdrohungen verlangt, wie wiederholt auseinandergesetzt wurde, die Annahme der ungleichartigen Idealkonkurrenz als einer Verbrechensmehrheit. Dafür

spricht ferner die bei beiden gleichlautende Überschrift des die Konkurrenz behandelnden Abschnittes. Während der VE. und der GE. in der Überschrift einen scharfen Unterschied machen, überschreiben E. 13 und E 19 ihren 5. bzw. 7. Abschnitt: „Zusammentreffen mehrerer Gesetzesverletzungen." Diese Überschrift ist zwar nicht so gut wie die geltenden Rechts, insofern diese den Charakter des Verbrechens als juristischer Handlung zum Ausdruck bringt; aber sie unterläßt es jedenfalls, einen Unterschied zu machen, wo richtiger Ansicht nach ein wesentlicher Unterschied in der Rechtswirklichkeit nicht besteht.[6])

Während die vier genannten Entwürfe die geltende Regelung nur in Einzelheiten ändern, geben die in Text und Begründung vielfach wörtlich übereinstimmenden Entwürfe von 1925 und 1927 ihren Grundgedanken auf, denn sie fordern für die beiden Konkurrenzarten, die in allen übrigen materiellrechtlichen und in manchen prozeßrechtlichen Beziehungen schon de lege lata gleichzustellen sind, gleichartige Behandlung auch in der Straffrage. § 63 E. 25 bestimmt: „Sind auf dieselbe Tat mehrere Strafgesetze anwendbar oder hat jemand mehrere selbständige Straftaten begangen, die gleichzeitig abgeurteilt werden, so ist nur auf eine Strafe zu erkennen." Hiermit stimmt der entsprechende § 65 E. 27 wörtlich überein, fügt jedoch einen die sogen. gleichartige Idealkonkurrenz betreffenden und ihren Charakter als Verbrechenseinheit bzw. Einheit der Gesetzesverletzung verkennenden Zusatz ein („Sind auf dieselbe Tat mehrere Strafgesetze anwendbar oder hat jemand durch die Tat dasselbe Strafgesetz mehrmals verletzt . . ."). Zur Bestimmung dieser einen Strafe sind zunächst die gleichen Anordnungen getroffen wie für die Idealkonkurrenz in den Entwürfen von 1913 und 1919. Es soll nämlich die eine Strafe nach dem Gesetze bestimmt werden, daß die schwerste Strafe und, bei ungleichen Strafarten, die Strafe schwerster Art androht, während die milderen Strafdrohungen in ihren Nebenstrafen zur Anwendung kommen können und ferner durch ihre Mindestmaße und Strafarten die Grenze nach Seiten der mildesten möglichen Bestrafung bilden (§§ 46 Abs. I, 65 E, 25; §§ 66 Abs. I, 67 E. 27). Darüber hinaus geben die Entwürfe dem Richter die Möglichkeit, das Höchstmaß um die Hälfte zu überschreiten, jedoch darf die Summe der in den konkurrierenden Strafdrohungen vorgesehenen Höchstmaße nicht überschritten werden, bei deren Errechnung, wie besonders anzumerken ist, ein Unterschied zwischen den einzelnen Straf-

6) Gegen diese und für die Überschrift des VE Olshausen in seinen „Kritischen Bemerkungen zu den Beschlüssen der deutschen Strafrechtskommission" S. 40.

arten nicht besteht, vielmehr acht Tage Zuchthaus acht Tagen Gefängnis oder Einschließung gleichstehen,[7]) denn eine dem geltenden § 21 StGB. entsprechende Bestimmung, welche die Strafarten in ein bestimmtes Wertverhältnis zueinander setzt, kennen beide Entwürfe nicht mehr. Äußerste Grenze der Strafbemessung der zeitigen Freiheitsstrafen sollen 15 Jahre sein. Für den Fall des Zusammentreffens von Übertretungen oder von Übertretungen mit Verbrechen oder Vergehen soll das Gleiche gelten mit der Einschränkung, daß die obere Grenze für Haft, die nur noch Ersatzstrafe für uneinbringliche, durch Übertretungen verwirkte Geldstrafen ist, drei Monate nebst der nach § 64 bzw. 66 möglichen Erhöhung, also vier Monate und fünfzehn Tage sind (§ 345 Begr. S. 177 E. 25; § 376 Begr. 191 E. 27). Zur Aufrechterhaltung des Prinzips der Einheitsstrafe treffen beide Entwürfe schließlich die Bestimmung, daß auf Einschließung erkannt werden kann, wenn ihre Voraussetzungen, die allgemein geregelt sind,[8]) auch nur bei einer der realkonkurrierenden Straftaten vorliegen, nur macht, was beim E. 25 lediglich in den Motiven zum Ausdruck kommt (Begr. zu § 64 S. 48), E. 27 ausdrücklich zur Voraussetzung, daß die übrigen Straftaten neben jener, der Einschließung würdigen nicht ins Gewicht fallen (§ 66 Abs. III).

Es ist in dieser Arbeit immer wieder versucht worden, die Behauptung, der Streit um das Wesen der Idealkonkurrenz sei bedeutungslos und rein scholastisch, als unberechtigt zurückzuweisen, und diese Zurückweisung und das eingehende theoretische Bemühen, in jenem Streit einen begründeten Standpunkt zu finden, erweisen sich nunmehr aufs neue gerechtfertigt, da es gilt, zu den beiden letzten Vorschlägen zum künftigen Strafgesetzbuch, von denen berichtet wurde, Stellung zu nehmen. Für den, der in der Idealkonkurrenz nur ein Verbrechen erblickt und mithin zwischen ihr und der Realkonkurrenz den schärfsten Gegensatz findet, für den muß, vor-

---

7) Begründung zu § 64 Abs. II E. 25 S. 48; Begr. zu § 66 E. 27 S. 51; auf die hierin liegende Unbilligkeit weist hin Lobe, Die Regelung des Entwurfs (von 25. d. Verf.) über das Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen, Ger. S. 93 S. 122..

8) § 71 E. 25: „An Stelle von Zuchthaus und Gefängnis tritt Einschließung von gleicher Dauer, wenn der ausschlaggebende Beweggrund des Täters darin bestand, daß er sich zu der Tat auf Grund seiner sittlichen, religiösen oder politischen Überzeugung für verpflichtet hielt."

§ 72 E. 27: „An die Stelle der angedrohten Zuchthaus- oder Gefängnisstrafe tritt Einschließung von gleicher Dauer, wenn der Täter ausschließlich aus achtenswerten Beweggründen gehandelt hat und die Tat nicht schon wegen der vom Täter verschuldeten Folgen besonders verwerflich ist."

ausgesetzt freilich, daß er dem Verbrechensfall nicht bloß symptomatische Bedeutung beilegt, sondern ihn als den hauptsächlichen Gegenstand der strafrechtlichen Behandlung ansieht, die Regelung der Entwürfe von 1925 und 1927 unannehmbar sein. Mit jener Voraussetzung ergibt sich für ihn zugleich die Notwendigkeit, den Satz „Quot crimina, tot poenae" anzuerkennen, der zwar nicht ausschließt, daß für mehrere Verbrechen die ihnen gebührenden Strafen aus einem Strafrahmen genommen werden, wohl aber verbietet, daß ein Verbrechensfall grundsätzlich derselben Bestrafung unterworfen wird wie eine Verbrechensmehrheit. Die Entwürfe, insonderheit die beiden letzten, wenden nun zwar der Person des Täters erhöhtes Interesse zu, aber daß auch nach ihnen die Tat im Mittelpunkt der strafrechtlichen Betrachtung stehen soll, das ergibt sich unter anderem schon daraus, daß sie die Einrichtung des unbestimmten Strafurteils mit der Begründung ablehnen, daß die Strafe im Wesentlichen durch die Tat und den Charakter des Täters zur Zeit der Tat bestimmt werde (Begr. zu E. 25 S. 49; zu E. 27 S. 52). Also auch für sie gilt der Grundsatz des Parallelismus von Verbrechen und Strafe.[9]) Die Rechtfertigung der von ihnen angeordneten gleichartigen Bestrafung verlangt mithin die Annahme, daß die Idealkonkurrenz Verbrechensmehrheit ist, denn aus ihr ist die gleichartige Behandlung die nächstliegende praktische Konsequenz. Es ist deshalb nur folgerichtig, wenn der VE. in einem in seiner Begründung gegebenen Überblick über die Stellung ausländischer Gesetze zum Konkurrenzproblem es für selbstverständlich erklärt, daß alle Strafgesetzbücher, die beide Konkurrenzarten gleich behandeln, in der Idealkonkurrenz ein Zusammentreffen von Verbrechen sehen (Begr. S. 383 Anm. 4). Desgleichen zieht Gerland nur die praktische Folgerung aus seiner theoretischen Ansicht, wenn er, der die Idealkonkurrenz als Verbrechenseinheit auffaßt, die Regelung der Entwürfe auf das Entschiedenste ablehnt und sie als einen Rückschritt gegenüber dem geltenden Recht bezeichnet. Mit Recht weist er darauf hin, was des Öfteren betont wurde, daß für die Idealkonkurrenz, wofern sie Verbrechenseinheit ist, lediglich die strengste der den konkurrierenden Verbrechensbegriffen entsprechenden Bewertungen zur Verfügung steht und mithin das Absorptionsprinzip (d. i. natürlich nur die Absorption der milderen Strafdrohungen, d. Verf.) die notwendige praktische Folge der Liszt'schen Ansicht ist,[10]) während

9) Gegen die Gleichbehandlung beider Konkurrenzarten vom gleichen Standpunkt aus auch Wachenfeld, Goltd. Arch. Bd. 69 S. 363.

10) Gerland, Der Entwurf 1925, Kritische Bemerkungen, 1925 S. 82.

das Asperationsprinzip allein der Verbrechensmehrheit angemessen sei. Angesichts der durch die Entwürfe getroffenen sachlichen Regelung dürfte es deshalb schwerlich gerechtfertigt sein, wenn Frank (Komm. Erl. II zu § 73) und im Liszt'schen Lehrbuch Eberhardt Schmidt (S. 343) den Entwürfen die bekämpfte Auffassung unterstellen, zumal der in beiden Begründungen sich findende Hinweis, es sei die Verschiedenheit in der Behandlung von Ideal- und Realkonkurrenz seit langem in der Wissenschaft angefochten, sich allein auf Schriftsteller beziehen kann, die in der Idealkonkurrenz eine der Realkonkurrenz wesensgleiche Verbrechensmehrheit erblickt haben, denn nur von solchen ist die gleichartige Behandlung beider gefordert worden und konnte sie vernünftigerweise gefordert werden, zumal ferner auch die Entwürfe von 25 und 27 in der Überschrift keinen Unterschied machen, obwohl doch den Verfassern bekannt ist, wieviel aus der Überschrift für die Auslegung des geltenden Rechts gefolgert worden ist.

Gegen den Vorschlag, beide Konkurrenzarten gleich zu behandeln, sind in der Litteratur zu den Entwürfen jedoch auch von denen Bedenken erhoben worden, die in der Idealkonkurrenz eine Verbrechensmehrheit sehen,[11]) und in der Litteratur zum geltenden Recht haben sich gegen seine Regelung unter den älteren Schriftstellern nur wenige, darunter Hälschner[12]) und am nachdrücklichsten Binding[13]) gewandt und um der rechtlichen Gleichheit beider Konkurrenzarten willen ihre gleichartige Bestrafung gefordert. Unter den neueren Schriftstellern haben sich vor allem Coenders[14]), sodann Honig[15]), Mittermaier[16]) und Heimberger[17]) für eine gleichartige Behandlung ausgesprochen. In der Tat liegt es auch nicht so einfach, daß mit der Feststellung, beide Konkurrenzarten seien für die juristische Betrachtung gleich, ohne weiteres die Forderung gerechtfertigt wäre, beide nach demselben Prinzip zu strafen. Die Rechtsstrafe ist zwar keine sittliche Vergeltung, aber sie ist, um ein Wort H. v. Fernecks zu wiederholen, als solche einzurichten, und es bedarf mithin, damit jene Forderung

11) So insbesondere v. Hippel. Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in den Entwürfen, Z. f. d. ges. Str. R. W. 42 S. 540 ff. und Kohlrausch, Reform des Strafrechts, hrsg. von Aschrott und Kohlrausch 1925 S. 9.
12) Lehrbuch S. 675.
13) HB. S. 575/6.
14) Über Idealkonkurrenz, ein Vorschlag zum neuen Strafgesetz 1921 S. 42 ff.
15) Studien, insbes. S. 58 ff., ferner in Ger. S. 92, S. 114 ff.
16) Mittermaier, Über den Begriff „Verbrechen" in J. W. 1922 S. 987.
17) Aus dem Strafrecht des Codex juris canonici 1923 S. 77—79. Zustimmend auch Wach, Der neue Strafgesetzentwurf, Allgemeiner Teil, Deutsche Juristenzeitung 1925 Sp. 529.

begründet sei, des Nachweises, daß mindestens in sehr vielen Fällen zwischen den beiden Konkurrenzarten auch in moralischer Hinsicht ein Unterschied nicht besteht. Die Verfasser des geltenden Strafgesetzbuchs sind offenbar der Meinung gewesen, daß die sittliche Schuld viel geringer ist, wenn mehrere Verbrechen durch eine Handlung begangen werden. Binding tritt dieser Meinnug mit dem Hinweis auf die zusammengesetzten Verbrechen entgegen, die ja größtenteils Idealkonkurrenzen seien und deren Strafen gleichwohl die eventuellen Resultate der Strafenhäufung überstiegen, und führt dann aus: „Gerade jene Häufung der Verbrechen in einem Tatakt kann umgekehrt eine kaum übersteigbare verbrecherische Verwegenheit mit raffinierter Überlegung beweisen, während das zeitliche Auseinanderfallen der Taten zu zeigen vermag, daß der Schuldige nur zögernd, mit innerem Widerstreben, das nur durch jeweilige starke Anreize überwunden worden ist, die Bahn des Verbrechens betreten hat. Nicht einmal läßt sich sagen, daß bei der Idealkonkurrenz im Durchschnitt die strafmindernden, bei der Realkonkurrenz die straferhöhenden Momente überwiegen. Im Gegenteil: Außerordentlich häufig zeigt die Idealkonkurrenz eine erschreckende Nichtachtung der zu verbundener, also umso sicherer Wirksamkeit berufenen Pflichtmotive. Größere Körperkraft, größere Geschicklichkeit greift zur Idealkonkurrenz, weil sie durch eine Handlung soviel auszurichten weiß wie geringere Kraft und Geschicklichkeit durch mehrere. So fehlt für die verschiedene Bestrafung jede innere Berechtigung“ (HB S. 576). So richtig Bindings Hinweis auf die zusammengesetzten Verbrechen ist, so kann doch keine Rede davon sein, daß in der Regel bei der eintätigen Verbrechenskonkurrenz die Schuld gerade infolge der eintätigen Begehungsweise größer ist als bei Realkonkurrenz. Was Binding von der größeren Geschicklichkeit, Raffiniertheit und Körperkraft sagt, das wird bisweilen in Fällen eines Verbrechens von verstärkter Tatbestandsmäßigkeit zutreffen, aber hinsichtlich der allein eine Verbrechensmehrheit darstellenden ungleichartigen Idealkonkurrenz ist dieses Argument durchaus verfehlt. Mit Recht hält ihm Coenders entgegen: „Als ob man die Idealkonkurrenz wie ein gefährliches Werkzeug, etwa einen Schlagring, ergreifen und damit um sich schlagen könnte. Nicht die Geschicklichkeit oder die Verwegenheit des Verbrechers, sondern fast immer die zufälligsten Umstände des Lebens entscheiden darüber, welche der beiden Konkurrenzarten im einzelnen Falle vorliegt.“ (Über die Idealkonkurrenz S. 6). Wenn der A. den B. mit einer diesem gehörigen Vase auf den Kopf schlägt, wenn der Vater seine verheiratete Tochter notzüchtigt, so tut sich in der eintätigen Begehung der

mehreren Verbrechen selbstverständlich im ersten Fall nicht eine besondere Geschicklichkeit oder Körperkraft, im zweiten Fall nicht eine besondere Raffiniertheit kund, sondern A. ergreift die Vase, weil sie ihm zufällig zur Hand ist, und der Vater bricht durch den gewaltsamen Geschlechtsakt die Ehe, weil die mißbrauchte Frau zufällig verheiratet ist. Andrerseits reicht das, was Coenders über die moralische Schuld bei der Idealkonkurrenz ausführt, noch nicht aus, um ihre Bestrafung nach dem gleichen Prinzip durchzuführen, wie die der Realkonkurrenz. Er weist darauf hin, daß bei der eintätigen Verbrechensmehrheit die sittliche Verschuldung ein gewisses Mehr aufweise als im Falle der Verbrechenseinheit . . . Aber diese Tatsache legt nur nahe, sie wie ein Verbrechen, jedoch schwerer zu strafen. Es müßte gezeigt werden können, daß entweder bei der Idealkonkurrenz eine mehrfache sittliche Verschuldung vorliegt oder aber daß bei der Realkonkurrenz in vielen Fällen die mehreren Verbrechen der moralischen Betrachtung als eine Tat erscheinen. Coenders nimmt in der Tat das erste an. „Auch in der ethischen Beurteilung bestimmt sich die Schuld des Verbrechers nach dem Gesetz, das er verletzt hat.. Der verheiratete Notzuchtverbrecher hat eine mehrfache sittliche Schuld auf sich geladen" (a. a. O. S. 43). Indessen ist an früherer Stelle (S. 41) zu zeigen versucht worden, daß die Moral nicht, wie Coenders voraussetzt, eine Summe von in ihrer Zahl und ihren Tatbeständen objektiv feststehenden Gesetzen ist wie das Recht und daß deshalb da, wo nur eine natürliche Handlung, nur ein Entschluß im psychologischen Sinne vorliegt, auch keine Notwendigkeit besteht, mehr als eine Handlung und einen Entschluß im Sinne der Moral anzunehmen. Indessen trifft die zweite Seite der Alternative zu. Es ist an das zu erinnern, was früher über den Willen gesagt worden ist (S. 4 ff.). Wenn wir unter dem Willensentschluß lediglich die Innervation verstehen dürften, so müßte hinsichtlich seiner und damit für die moralische Betrachtung ein tiefer Unterschied bestehen. Bei der Realkonkurrenz lägen dann im Unterschied zur Idealkonkurrenz stets notwendig mehrere Willensentschlüsse vor. Tatsächlich jedoch liegt der entscheidende Willensentschluß und Willensimpuls und damit das Moment, das für die moralische Betrachtung eine kleinere oder größere Reihe von Tätigkeitsakten zur Einheit zusammenschließt, schon in dem Augenblick vor, in dem aus dem Kampf der Motive der bestimmte Vorsatz erwachsen ist, ein vorgestecktes Ziel zu erreichen. Mögen zu seiner Verwirklichung auch noch so viele Handlungen und Teilentschlüsse erforderlich sein und sich auf einen langen Zeitraum erstrecken, so ist doch nichtsdestoweniger jener erste Entschluß der entschei-

dende, der, immer fortwirkend, alle anderen hervortreibt. Deshalb läßt sich sagen, daß in vielen Fällen, insbesondere in allen denen, wo der Verbrecher ein Verbrechen begeht, um ein anderes begehen zu können, auf das es ihm allein ankommt, oder um dieses zu verdecken, die Realkonkurrenz sich für die moralische Betrachtung von der Idealkonkurrenz nicht wesentlich unterscheidet. Mit Recht sagt deshalb Binding (HB S. 571), da der Gesetzgeber die zwischen realkonkurrierenden Verbrechen möglicherweise bestehenden Beziehungen, die zueinander vielleicht im Verhältnis von Mittel und Zweck stehen, ignoriert habe, sei nicht zu erwarten gewesen, daß er beide Konkurrenzarten verschieden behandeln würde. An einem Unterschied für die moralische Betrachtung fehlt es den beiden Konkurrenzarten vor allem in den sogenannten Grenzfällen, die neuerdings und mit Recht als entscheidendes Argument zu Gunsten ihrer gleichen Behandlung angeführt werden. Es liegt ja nicht überall so, daß den mehreren juristischen Handlungen der zu Grunde liegende historische Vorgang ganz und gar gemeinsam ist wie in dem alten Schulbeispiel des inzestuosen Ehebruchs. Sondern in der Mehrzahl der Fälle wird, worauf Lobe mit Nachdruck hinweist und das durch Beispiele aus der Praxis des Reichsgerichts erhärtet (a. a. O. S. 127/8), die Einheit zwischen zwei Verbrechen nur durch die Gemeinsamkeit eines Tatbestandsmerkmals hergestellt, in andern Fällen verringert sich der zwischen beiden Konkurrenzarten bestestehende tatsächliche Unterschied noch weiter, indem von drei konkurrierenden Delikten zwei überhaupt nichts miteinander gemein haben und nur dadurch zur tatsächlichen Einheit verbunden werden, daß ihnen mit dem dritten Delikt ein Tatbestandsmerkmal gemeinsam ist. Da auch fortgesetzte Delikte für die juristische Betrachtung, mögen noch so viele einzelne, den Tatbestand an und für sich erfüllende Tätigkeitsakte vorhanden sein, durchaus eine Einheit bilden, so genügt es zur Idealkonkurrenz, wenn ein beliebig kleiner Teil der einzelnen Akte beiden gemeinsam ist. Ebenso liegt es bei dem Zusammentreffen von Kollektiv- und Zustandsdelikten untereinander und mit einfachen Delikten. Es ist klar, daß in allen diesen Fällen, in denen die Idealkonkurrenz auch nach der tatsächlichen Seite hin der Realkonkurrenz nahekommt, in denen ein vielfältiges, zeitlich und räumlich ausgedehntes Geschehen nur durch einen und nur dem Auge des juristischen Beobachters und auch ihm nicht immer zweifelsfrei erkennbaren Zipfel zusammengehalten wird,[18]) daß es in diesen Fällen an einem inneren Grunde fehlt,

18) Honig zeigt in seinen Studien zur natürlichen und juristischen Handlungseinheit sehr anschaulich an zahlreichen Entscheidungen des Reichsgerichts,

die Idealkonkurrenz anders zu behandeln als die Realkonkurrenz, und es ergibt sich daraus de lege ferenda, daß wir dem Verbrecher kein Unrecht tun und insbesondere keine Paragraphenvergeltung üben, wenn wir ihn auch da nach dem Kumulations- oder Gesamtstrafenprinzip behandeln, wo er sich mehrerer Verbrechen in eintätiger Begehungsweise schuldig gemacht hat.

Die Entwürfe von 1925 und 1927 halten nun zwar eine gleichartige Bestrafung beider Konkurrenzarten für angezeigt, aber statt in der Bestrafung die Idealkonkurrenz der Realkonkurrenz anzugleichen, statuieren sie für beide, wenn auch mit Schärfungsmöglichkeit, das Prinzip des § 73 StGB. Darin kann ihnen nicht beigepflichtet werden. Wie wiederholt betont wurde, ist bei der Bestrafung eines Verbrechers wegen mehrrerer Verbrechen, wenn sie gerecht sein soll, der Grundsatz „Quot crimina, tot poenae" zu beachten. Seine Anwendung wird zwar, wie ebenfalls ausgeführt worden ist, nicht durch die Anordnung, die Strafe für die mehreren Verbrechen aus dem Strafrahmen des schwersten Verbrechens zu nehmen, ausgeschlossen, aber das Nächstliegende und Natürlichste, weil jener Forderung uneingeschränkt Entsprechende ist doch dies, dem Verbrecher für jedes von ihm begangene Verbrechen eine Strafe aufzuerlegen und zwar die Strafe und die Strafart, die für das einzelne Verbrechen im Hinblick auf seine Besonderheit jeweils vom Gesetzgeber vorgesehen ist. Wenn nun das geltende Recht den Grundsatz des Parallelismus von Verbrechen und Strafe für die Fälle des eintätigen Zusammentreffens durch § 73 StGB. sehr einschränkt, so wird man diese Einschränkung vielleicht für die typischen, jedoch in der Minderzahl befindlichen und praktisch weniger wichtigen Fälle für unbedenklich halten können; für die Grenzfälle sowie für die Fälle der Realkonkurrenz, in denen zwischen den einzelnen Verbrechen ein enger zeitlicher und räumlicher oder aber ein enger psychologischer Zusammenhang besteht, mag das Prinzip des § 73 noch allenfalls erträglich sein. Dagegen ist es unannehmbar in den nicht wenigen Fällen, in denen die realkonkurrierenden Verbrechen durchaus selbständig nebeneinander-

---

wie schwierig im konkreten Fall oft die „scheinbar sehr einfach liegende" (Frank Erl. I zu § 74) Unterscheidung ist und zu welchen sublimen Erörterungen sie nötigt. Er zeigt vor allem an der Rechtsprechung des Reichsgerichts, daß wir entweder mit der streng juristischen Betrachtung, welche die Annahme der Idealk. von der Subsimierbarkeit eines Tatumstandes unter zwei Tatbestände abhängig macht, zu dogmatisch sicheren, aber unbilligen Ergebnissen, oder aber mit einer mehr natürlichen, d. h. moralischen Betrachtung zu gerechteren, aber unsicheren Resultaten gelangen.

stehen und nichts anderes gemeinsam haben als den Zeitpunkt ihrer Aburteilung. Da dieser Umstand in der Regel auf der Geschicklichkeit und Raffiniertheit des Verbrechers, mit der er sich den Nachforschungen der Behörden zu entziehen weiß, und auf der größeren oder geringeren kriminalistischen Fähigkeit der zuständigen Polizeiorgane beruht, so scheint auf den ersten Blick überhaupt kein Grund vorzuliegen, den Verbrecher, der erst nach der Verübung einer Anzahl verschiedenartiger Verbrechen gefaßt wird, irgendwie anders zu behandeln als seinen weniger glücklichen, weil weniger geschickten Zunftgenossen, der nach Verübung eines jeden der mehreren Verbrechen gefaßt und mithin wegen eines jeden besonders bestraft wird. In der Tat sind denn auch mehrfach Bedenken dagegen geltend gemacht worden, daß das geltende Recht in der großen Mehrzahl der Fälle, nämlich beim Zusammentreffen mehrerer zeitiger Freiheitsstrafen, das Kumulationsprinzip in das System der Gesamtstrafe mildert. „Wir haben," sagt Sontag in seiner Besprechung des Vorentwurfs, „immer das peinliche Gefühl, als ob es für Verbrecher, die das Strafgericht mehrmals hintereinander beschäftigen, Rabatt gäbe sowie beim Kaufmann für gute Kunden, die große und zahlreiche Einkäufe machen.' [19]) Indessen sind diese Bedenken nicht gerechtfertigt. Für eine mildere Beurteilung dessen, der nicht gleich nach der Verübung eines jeden Verbrechens erwischt wird, sondern erst, nachdem er sie alle begangen hat, spricht zunächst der Umstand, daß ihm nicht wie dem andern, alsbald bestraften nach jedem Verbrechen in Gestalt der daran geknüpften Strafe eine nachdrückliche Warnung zuteil, daß er im Gegenteil durch das lange Ausbleiben der Strafe zu weiteren Taten ermuntert wurde. Der weitere und entscheidende Grund ist in der Natur der Strafe gelegen. Denn bei der Anwendung von Strafen, die einer Zerlegung in zahlenmäßig erfaßbare Strafeinheiten zugänglich sind, — und das ist bei den heute fast allein zur Anwendung kommenden Geld- und Freiheitsstrafen der Fall —, ist zu beachten, daß das Übel, das dem Verbrecher durch die Bestrafung zugefügt wird, in der Regel nicht einfach in dem Maße wächst, als die erste Strafe durch gleichzeitige Verhängung einer neuen vergrößert wird, sondern daß es ihn in weit höherem Maße trifft. Zehn Jahre Gefängnis sind nicht nur ein doppelt so großes Übel für den Gefangenen wie fünf Jahre, zwei gleichzeitig zu zahlende Geldstrafen von je 500 Mark werden den Straffälligen, der in beschränkten Vermögensver-

19) Der Vorentwurf des neuen Strafgesetzbuchs. Kritische Betrachtungen eines Praktikers 1911, S. 58.

hältnissen lebt, mehr als bloß doppelt so hart treffen wie eine einzige Strafe von 500 Mark. Daß die Intensität der Freiheitsstrafen im Verhältnis zu ihrer Dauer nicht in gleichem, sondern in höherem Maße wächst, ist seit langem anerkannt. Mittermaier hat für diese Tatsache die Formel gefunden, daß die Intensität der Freiheitsstrafen im Verhältnis zu ihrer Dauer nicht in arithmetischer, sondern in geometrischer Progression wachse (im Feuerbach'schen Lehrbuch N. 4 zu § 126), ein Satz, der wörtlich genommen, wie Kantorowicz ohne weiteres zugegeben ist, „eine Behauptung ins Blaue hinein" ist, [20]) denn selbstverständlich läßt sich über das Verhältnis der Intensität einer Freiheitsstrafe zu ihrer Dauer nichts Allgemeingültiges und insonderheit nichts zahlenmäßig Bestimmtes sagen —, aber als mathematisches Bild aufgefaßt, das sie ja auch wohl nur sein soll, gibt sie die kürzeste und anschaulichste und somit beste Darstellung von der nicht fortzuleugnenden Tatsache, daß bei langen Freiheitsstrafen das durch die einzelnen Strafen verursachte Übel infolge ihrer Verbundenheit unverhältnismäßig wächst. Daß diesem Umstande nicht durch mehrfache Unterbrechung des Strafvollzuges begegnet werden kann, [21]) leuchtet ohne weiteres ein, wenn man bedenkt, daß diese Unterbrechungen für den Deliquenten kaum eine wesentliche Erleichterung bringen könnten, denn einmal müßte er weiterhin der Aufsicht der Strafvollstreckungsbehörde unterworfen bleiben, sodann würde der Gedanke an die bevorstehende Vollstreckungsfortsetzung die bezweckte seelische Entspannung verhindern, auch würde es infolge der stets von neuem drohenden Freiheitsentziehung dem Verurteilten unmöglich sein, während der Unterbrechungen seine wirtschaftliche Existenz neu aufzubauen. Diese Art des Strafvollzugs würde also höchstwahrscheinlich keine Verbesserung, sondern eine Verschlimmerung der Lage des Verurteilten herbeiführen. Bei den Freiheitsstrafen kommt noch ein weiterer Umstand hinzu, der eine Anwendung des reinen Kumulationsprinzips bei längeren Freiheitsstrafen verbietet. Bei der Kürze des Zeitraums, den das menschliche Leben im Durchschnitt umfaßt, und bei der noch kürzeren Spanne, während der der Mensch sich im vollen Besitz seiner Kräfte befindet, besteht zwischen kürzeren und sehr langen Freiheitsstrafen derselben Strafart nicht nur ein quantitativer, sondern ein qualitativer Unterschied insofern, als bei

20) Der Strafgesetzentwurf und die Wissenschaft 1910, S. 328.

21) So meint Merkel HH. II S. 581, aus der — s. E. nach unzutreffenden — Meinung, daß das durch die Freiheitsstrafe zugefügte Übel nicht in gleichem Maße, sondern in höherem wachse als die Dauer der Strafe, folge nur die Forderung nach einem unterbrochenen Strafvollzug.

unbegrenzter Kumulation langer zeitiger Freiheitsstrafen diese zu einer lebenslangen Strafe werden (Frank Erl.II Abs. 2 zu § 74). Aber auch wenn diese Voraussetzungen nicht vorliegen, muß ein gewisser, lediglich durch die Dauer begründeter qualitativer Unterschied zwischen den Freiheitsstrafen gleicher Art angenommen werden, denn nicht nur die Art der angedrohten Strafen, sondern auch durch ihre Höhe trägt der Gesetzgeber der Artverschiedenheit der Verbrechen Rechnung; es muß deshalb vermieden werden, daß eine Reihe geringer Delikte infolge Summierung der durch sie verwirkten Strafen mit einem Maß von Strafe belegt wird, das der auf ein schweres Verbrechen angedrohten Strafe gleichkommt, denn solches Verfahren wäre nicht viel anders, als wenn man eine große Reihe von Diebstählen mit der allein dem Mord angemessenen Todesstrafe bestrafen wollte. Wenn also bezüglich der Freiheitsstrafen der herrschenden Meinung beizupflichten ist, so ist ihr insofern entgegenzutreten, als sie, in Übereinstimmung mit der geltenden und der durch VE, GE, E 13 und E 19 vorgeschlagenen Regelung, die Notwendigkeit des Gesamtstrafensystems für Geldstrafen leugnet. Auf sie trifft der Satz von der mit der Größe der Strafe unverhältnismäßig steigenden Intensität des Strafübels ganz ebenso zu.[22]) Der Vorentwurf erkennt nun zwar ausdrücklich an, daß auch Geldstrafen bei Häufung an Schwere für den Verurteilten zunehmen und daß das Verhältnis seiner wirtschaftlichen Schädigung unter Umständen das zahlenmäßige Verhältnis der Erhöhung des Betrages übersteigen könne (Begr. S. 292); er glaubt jedoch, an dem Kumulationsprinzip für Geldstrafen festhalten zu dürfen mit Rücksicht auf die von ihm getroffene Bestimmung (§ 30 S. 2), daß die Geldstrafe unter Berücksichtigung der Vermögensverhältnisse des Verurteilten zu bemessen ist. Der Gegenentwurf, dessen Verfasser bestreiten, daß dem Zusammentreffen von Geldstrafen dieselbe Bedeutung zukomme wie dem von Freiheitsstrafen, stützt seine Regelung ebenfalls auf das Vorhandensein einer dem § 30 S. 2 VE. gleichlautenden Bestimmung (Begr. S. 138), desgleichen der E 19, wie sich zwar nicht aus seiner Begründung, aber aus dem kritischen Aufsatz v. Hippels zu seinen allgemeinen Lehren ergibt (a. a. O. S. 543). Es mag dahingestellt bleiben, ob in dieser Regelung ein methodischer

22) Gegen Kumulation bei Geldstrafen Gr. z. Dohna Reform 1910 S. 419; v. Hippel, Z. 42 S. 542, der von einem ungerechten Fiskalismus spricht; Kitzinger, Randbemerkungen zum Vorentwurf eines Reichsstrafgesetzbuchs Z. 31 S. 355; Köhler Studien zum Vorentwurf S. 43; Mezger, Der deutsche Strafgesetzentwurf von 1919, Monatsschrift für Krim.-psych. und Verfassungsreform 13. Jahrg. 1922 S. 63.

Fehler liegt, wie Dohna meint (Reform S. 419) und ob die Anordnung der Kumulation dem andern Orts ausgesprochenen Grundsatz, daß die wirtschaftlichen Verhältnisse des Verurteilten zu berücksichtigen seien, widerspricht, wie Hippel findet, der deshalb eine ausdrückliche Bestimmung fordert, daß die Wirkung des Zusammentreffens mehrerer Geldstrafen auf die wirtschaftlichen Verhältnisse des Verurteilten zu berücksichtigen sei (a. a. O.); denn es bleiben, mag man auch dem Gegenentwurf in seiner Ansicht Recht geben, daß die Milderung der einzelnen Strafen mit Rücksicht auf ihre Häufung nur ein Spezialfall der Rücksichtnahme auf die wirtschaftlichen Verhältnisse des Verurteilten sei, doch zwei Gründe bestehen, die das Prinzip der Gesamtstrafe gleichwohl zweckmäßig erscheinen lassen. Das Gebot der Rücksichtnahme auf die wirtschaftliche Lage des Straffälligen wird zu der gebotenen Milderung der Vollstreckung dann nicht führen, wenn im Falle der sog. unechten Idealkonkurrenz, der Aburteilung der mehreren Delikte in mehreren Verfahren, dem zweiten und dritten Gericht die früher verhängten Strafen nicht bekannt sind [23]). Der VE. verkennt diese Schwierigkeiten nicht, meint aber, daß die Möglichkeit einer späteren Zurückführung der einzelnen Strafen auf eine Gesamtstrafe zu einer Verschleppung der Strafvollstreckung führen und daß den Behörden dadurch eine außer Verhältnis zur Wichtigkeit der Sache stehende Arbeit auferlegt werde (Begr. S. 395 Anm. 1). Dieser Standpunkt muß auf das Schärfste zurückgewiesen werden, und zwar mit den eigenen Worten des VE., mit denen er die löbliche Ausdehnung des Prinzips der Gesamtstrafe auf die Übertretungen begründet, also auf Fälle, denen man noch eher die erforderliche Wichtigkeit absprechen könnte als solchen, in denen durch Vergehen Geldstrafen verwirkt sind: „Anzuerkennen ist, daß die Durchführung des Prinzips bei Übertretungen häufig auf praktische Schwierigkeiten stoßen wird, weil bei der Festsetzung der Übertretungsstrafen das Vorliegen konkurrierender Übertretungen oder anderer Straftaten nicht bekannt sein, sondern sich erst später herausstellen wird. Diese Schwierigkeiten werden aber nötigenfalls durch nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe ihre Erledigung finden. Jedenfalls kann die Rücksicht auf die hierdurch den Behörden voraussichtlich erwachsende Mehrarbeit keinen Grund abgeben, von der im Interesse der Billigkeit gebotenen Ausdehnung des Prinzips auch auf die Übertretungsstrafen Abstand zu nehmen“ (Begr. S. 394).

---

23) Köhler, Studien zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuchs 1910 S. 43.

Wenn der Verurteilte in der höheren Instanz die Freisprechung bezüglich eines der mehreren realkonkurrierenden Delikte erreicht hat, so kommt er, da ja die ihm verbleibende Strafe mit Rücksicht auf die andere, durch den Freispruch wegfallende bemessen worden ist, zu billig fort. Durch das Prinzip der Gesamtstrafe wird dieser Übelstand vermieden, denn hier bringt der Richter in den Einzelstrafen zum Ausdruck, welche Strafe er für jedes Delikt ohne Rücksicht auf die hieraus ergebende Härte für angemessen hält.

Es ergibt sich also, daß auch in den Fällen der Realkonkurrenz, in denen die mehreren Delikte ohne innere Beziehung nebeneinanderstehen, eine Abweichung von dem Kumulationsprinzip zu Gunsten des Prinzips der Gesamtstrafe gerechtfertigt ist und daß dieses gegenüber dem geltenden Recht einer Verbesserung und Erweiterung bedarf, daß hingegen mangels irgendeines sie rechtfertigenden Grundes das Prinzip der streng einheitlichen Strafe mindestens für diese Fälle der Realkonkurrenz völlig unangemessen und wohl eine Unterwerfung der Idealkonkurrenz unter das Prinzip der Gesamtstrafe, keinesfalls aber die Anwendung der Absorption der Strafdrohungen auf die Realkonkurrenz mit der Forderung nach einer gerechten Bestrafung vereinbar ist.

Wie Lobe (a. a. O. in Ger. S. 93) und Beling [24]) gezeigt haben, ist die Bestrafung nach § 73 StGB. für zahlreiche Fälle der Realkonkurrenz nicht nur aus dem allgemeinen Grunde zu verwerfen, daß in diesen Fällen eine angemessene Verwirklichung des Grundsatzes „Quot crimina, tot poenae" durch sie nicht erreicht wird und die Rechtsbrecher leicht zu der Annahme verleitet werden, als käme nichts darauf an, wieviele Verbrechen sie im Einzelnen begehen, und alles nur darauf, sich erst möglichst spät erwischen zu lassen, die Anwendung des Prinzips der Absorption der Strafdrohungen verbietet sich auch aus wichtigen besonderen Gründen. Es kann vorkommen, daß mehrere in Konkurrenz stehende Verbrechen in gesondertem Verfahren abgeurteilt werden und das Konkurrenzverhältnis nicht erkannt wird. Das geltende Recht gibt in diesem Fall in § 460 StPO. die Möglichkeit, durch nachträglichen Beschluß die einzelnen Strafen auf eine Gesamtstrafe zurückzuführen. Das hat keine Bedenken, weil beim Prinzip der Gesamtstrafe jene Strafen nunmehr als Einsatzstrafen bestehen bleiben und so zu hinreichender Berücksichtigung gelangen. Gesetzt nun, die künftige Prozeßordnung enthielte eine dem geltenden § 460 entsprechende und der Konkurrenzregelung der beiden letzten Entwürfe angepaßte Bestimmung, so ge-

24) Gestaffelte Strafzumessung, Ger. S. 93 S. 131 ff.

langte dieses Nachverfahren, da der Richter sich bei konsequenter Anwendung des Grundsatzes streng einheitlicher Strafe an die früheren Einzelstrafen nicht zu kehren braucht, zu einer solchen Bedeutung, daß seine Umgestaltung aus einem Beschluß- zu einem den ganzen in den früheren Urteilen erledigten Sachverhalt aufs neue behandelten Prozeßverfahren angezeigt erschiene (Beling a. a. O. S. 132). Ferner: Die Strafprozeßordnung enthält den schon erwähnten, sehr zweckmäßigen Grundsatz, den auch künftiges Prozeßrecht wird enthalten müssen, daß Gegenstand der Urteilsfindung die Tat ist, mag sie ein oder mehrere Verbrechen darstellen und nur wegen eines Anklage erhoben sein, daß dagegen das Gericht nicht ohne einen Antrag der Anklagebehörde und Zustimmung des Angeklagten andere Taten zum Gegenstand des Verfahrens machen darf. Gesetzt nun, es kommen realkonkurrierende Verbrechen zur Sprache, die Voraussetzungen jedoch für ihre Einbeziehung in das anhängige Verfahren liegen nicht vor, so bleibt dem Gericht, das ja nur eine Strafe auswerfen darf, nichts anderes übrig als das Verfahren einzustellen oder aber, was freilich eine diesbezügliche neue Bestimmung in der Prozeßordnung voraussetzte, das anhängige Verfahren lediglich mit einem Schuldspruch zu beenden, die Hauptsache jedoch, die Verhängung der Strafe, zu deren richtiger Ausmessung es auf Grund der Verhandlung an ihrem Schlusse am besten imstande wäre, den späteren Verfahren vorzubehalten. Es genügt, auf diese aus der vorgeschlagenen Regelung für die Realkonkurrenz sich ergebenden prozessualen Folgen hinzuweisen, um zu zeigen, daß schon mit Rücksicht auf den Anklagegrundsatz, bei dessen Anwendung mit Notwendigkeit um ihrer tatsächlichen Verschiedenheit willen Ideal- und Realkonkurrenz verschieden behandelt werden müssen, die Regelung der beiden letzten Entwürfe ganz verfehlt ist und statt zu einer Vereinfachung, wie es zunächst scheint, zu größeren Schwierigkeiten und statt zu einer Entlastung zu einer weit größeren Belastung der Gerichte führen wird. Das zeigt sich ferner, wenn man bedenkt, daß sie eine weit größere Anfechtbarkeit der Urteile zur Folge hat. Wenn der Verurteilte das Urteil nur wegen seines Teiles erfolgreich angreift, so würde nunmehr wegen aller Verbrechen zurückverwiesen werden müssen, ein Nachteil, der sich nach dem jetzigen Rechtszustande nur bei der Idealkonkurrenz findet, bei ihr jedoch wegen des tatsächlichen Zusammenhanges der Delikte noch erträglich ist.[25])

25) Lobe, Ger. S. 93, S. 124; Beling, Ger. S. 93, S. 133; v. Hippel, Z. 42 S. 541. Wegner in Reform des Strafrechts 1926 S. 184, sieht in der Notwendigkeit erneuter Verhandlung gerade einen Vorzug der neuen Re-

Die Entwürfe bestimmen, wie früher angedeutet, allgemein, daß bei jeder Tat, wenn die Voraussetzungen hierfür vorliegen, anstatt auf Zuchthaus und Gefängnis auf Einschließung von gleicher Dauer erkannt (vgl. S. 144 Anm. 1) und daß bei jeder Tat mildernde Umstände zugebilligt werden können,[26]) wodurch alsdann ein besonderer herabgesetzter Strafrahmen in Kraft tritt (§ 72 E 25; § 73 E 27). Es wird ferner die verdienstliche Regelung getroffen, daß in den im Besonderen Teil vorgesehenen Fällen, wenn es sich um in concreto besonders leichte Delikte handelt, von Strafe abgesehen werden darf. Die Anwendung dieser Bestimmungen wird zwar durch das angeordnete Absorptionssystem nicht gerade unmöglich gemacht, wie denn auch nach geltendem Recht, was die herrschende Meinung freilich leugnet, bei der Idealkonkurrenz trotz § 73 StGB. die Frage nach mildernden Umständen für jedes Delikt besonders zu stellen ist, aber ihre Anwendung wird doch durch jenes Bestrafungssystem außerordentlich erschwert und vermag auch nicht zu der rechten Bedeutung zu gelangen. Angesichts der bei der Realkonkurrenz ja nicht zu bezweifelnden Tatsache, daß bei dem ersten Delikt die Voraussetzungen für eine Umwandlung der ordentlichen in die Einschließungsstrafe vorliegen, bei dem zweiten nicht diese, aber die Voraussetzung für mildernde Umstände, während bei dem dritten weder das eine noch das andere der Fall ist, leuchtet ohne weiteres ein, daß zur gerechten Würdigung dieser Man-

---

gelung. Er gelangt hierzu und überhaupt zur Billigung der vorgeschlagenen Regelung, weil er, was hier abgelehnt wurde, die Persönlichkeit des Täters über die Tat stellt, diese nur als einen Vorgang ansieht, der den Charakter des Täters kennzeichnet. Seien in der Revisionsinstanz ein oder mehrere Delikte fortgefallen, so sei damit notwendig das Bild verändert, daß sich das untere Gericht von dem Täter gemacht habe, und mithin ein neuer Prozeß notwendig. Verwirft man diese Überspannung des Gedankens, daß wir bei Beurteilung der Tat selbstverständlich auch der Persönlichkeit des Täters Beachtung schenken müssen, so bleibt kein Grund, um die erhöhte Anfechtbarkeit der Urteile gutzuheißen. Denn einmal können wir uns heute weniger denn je den Luxus gestatten, erledigte Fälle anders als im Wege des Wiederaufnahmeverfahrens zum Gegenstand neuer, vielleicht langwieriger und kostspieliger Prozesse zu machen (Lobe a. a. O., Beling a. a. O.). Sodann liegt in der Gewährung zweier neuer Instanzen eine ungerechte Bevorzugung derer, die mehrere Verbrechen begangen haben, bezüglich einiger dieser Verbrechen vor andern Deliquenten, die nur wegen einer Straftat verurteilt worden sind.

26) § 73 E 25: „Das Gericht kann die Strafe auch dann nach § 72 mildern, wenn es annimmt, daß die Tat hauptsächlich auf Ursachen zurückzuführen ist, die dem Täter nicht zum Vorwurf gereichen."

§ 74 E 27: „Das Gericht kann die Strafe auch dann nach § 73 mildern, wenn bei Abwägung der Strafbemessungsgründe die für eine milde Strafe sprechenden Umstände beträchtlich überwiegen."

nigfaltigkeit ein einfach und klar aufgebautes System der Gesamtstrafe viel geeigneter ist als das Absorptionsprinzip.

Irgendeinen Grund, der ausreichend wäre oder auch nur ausreichend scheinen könnte, geben die Begründungen für die Einführung dieses Prinzips bezüglich beider Konkurrenzarten nicht an. Sie erklären, es sei die Verschiedenheit in der Behandlung von Ideal- und Realkonkurrenz in der Wissenschaft seit langem angefochten. Wie sich jedoch aus den früheren Ausführungen ergibt, sind es neben Binding nur ganz wenige Schriftsteller gewesen, die sich gegen diese Verschiedenheit ausgesprochen haben, und diese haben keineswegs an eine Aufhebung des Unterschiedes auf dem von den Entwürfen eingeschlagenen Wege, durch Angleichung der Behandlung der Realkonkurrenz an die der Idealkonkurrenz gedacht. Für diese Art der Angleichung haben sich erst in neuerer Zeit Stimmen gefunden. Des weiteren wird zwei Mal als Grund angeführt, daß nicht mehr, wie im geltenden Recht bei Realkonkurrenz, mehrere miteinander unvereinbare Strafen verhängt werden sollen (Begr. z. E 25 Vorbem. z. 8. Abschn. Abs. 3 S. 48 und zu § 64 eod. loc.; Begr. zu E 27 Vorbem. z. 9. Abschn. Abs. 3 S. 50 und zu § 66 S. 51). Aber einmal bedurfte es zur Vermeidung dieses Ergebnisses nicht der Aufgabe des Gesamtstrafprinzips, sondern es genügte eine diesbezügliche Sonderbestimmung. Sodann ist die Haltung des geltenden Rechts in diesem Punkte zu billigen. Wichtiger als der Umstand, daß, wie die Entwürfe annehmen, dem Laien mehrfache Verurteilungen zum Tode oder Verhängung von Freiheitsstrafen neben Todesstrafe bisweilen „befremdlich" erscheinen, ist die Erwägung, daß die Strafe nicht nur ein Übel ist und sein soll, sondern auch ein Werturteil. Dem verständigen Laien wird es deshalb auch nicht absurd erscheinen, wenn das Urteil von einem Verbrecher feststellt, daß er den Tod mehrfach verdient hat. Es bleibt der praktische Einwand, den sich allerdings, wie anzuerkennen ist, die Begründungen nicht zu eigen gemacht haben, daß nämlich das Gesamtstrafenprinzip des geltenden Rechts so gehandhabt wird, daß der Richter sich zunächst über die Strafe klar wird, die insgesamt zu verhängen ist und erst hinterher, um dem gesetzlichen Erfordernis der Form halber zu genügen, mehr oder weniger willkürlich die im Ergebnis gefundene Strafgröße auf die einzelnen Delikte „umlegt". Daß es sich in der Praxis vielfach so verhält, muß eingeräumt werden. Aber weder ist dieses Verfahren dem geltenden Rechte gemäß noch auch überhaupt gerechtfertigt, denn es läßt es an der nötigen Gründlichkeit fehlen, mit welcher der Richter jedes Delikt auch in Bezug auf seine Strafwürdigkeit zu prüfen hat, und führt zu den vielen allzu milden Urteilen, über die wir uns derzeit zu beklagen

haben. Die Entwürfe haben aus den früher angegebenen Gründen, insbesondere in Bezug auf die zahlreichen Grenzfälle Recht, wenn sie annehmen, daß die oft schwierige und zweifelhafte Abgrenzung von Ideal- und Realkonkurrenz, was die Frage ihrer Bestrafung anlangt, in keinem Verhältnis zu dem praktischen Wert der Unterscheidung steht (Begr. z. E 25 Vorbem. z. 8. Abschn. S. 47; E 27 daselbst S. 50), und wenn sie deshalb eine gleichartige Behandlung beider Konkurrenzarten vorschlagen; diese muß jedoch durch eine Erstreckung der zur Zeit für Realkonkurrenz geltenden Grundsätze auf die Idealkonkurrenz herbeigeführt werden, wobei diese allerdings einer Revision, die zugleich zu einer Vereinfachung führt, unterzogen werden müssen.

Während an dem Kumulationsprinzip für zusammentreffende Todes- und lebenslängliche Freiheitsstrafen, und das Zusammentreffen dieser mit zeitigen Freiheitsstrafen festzuhalten sein wird, ist das Prinzip der Gesamtstrafe, wie bereits an anderer Stelle begründet wurde, auf Geldstrafen und damit selbstverständlich auch auf die an ihre Stelle tretenden Freiheitsstrafen und damit insbesondere auch auf die nach den Entwürfen nur noch als Ersatzfreiheitsstrafen fungierenden Haftstrafen auszudehnen. Aus der Erwägung heraus, daß grundsätzlich nicht in die Ehrenhaft gehört, wer sich noch eines anderen Verbrechens schuldig gemacht hat, für das die Voraussetzungen der Einschließung nicht gegeben sind, ist der Satz des geltenden Rechts, daß auf Festungshaft gesondert zu erkennen ist, zu streichen, vielmehr nach einer dem in § 21 StGB. festgesetzten Wertverhältnis entsprechenden Bestimmung auch die Umwandlung einer Einschließungsstrafe in die daneben verwirkte strengere Strafe anzuordnen. Ebensowenig ist notwendig, dem Delinquenten eine gesonderte Verbüßung verwirkter Haftstrafen zuzubilligen. Es ist keine unbillige Härte, demjenigen, der sich durch ein Verbrechen oder Vergehen einer Einschließungsstrafe schuldig gemacht hat, die durch außerdem begangene Übertretungen verwirkte Haftstrafen auch in der Festung verbüßen zu lassen; noch weniger liegt sie darin, den doch einmal mit dem Makel der Zuchthaus- oder Gefängnisstrafe Beladenen verwirkte Haftstrafen in jenen Strafarten verbüßen zu lassen, wofern nur, was freilich durchaus notwendig ist, die Haft zu diesen Strafarten in dasselbe Wertverhältnis gebracht wird wie die Festungshaft bzw. die Einschließung. Es ist jedoch zu erwägen, ob von dem Grundsatz, daß bei ungleichen Strafarten in die schwerste verwirkte Strafart umzuwandeln ist, nicht doch eine Ausnahme gemacht werden muß. Schon der VE traf die Bestimmung, daß beim Zusammentreffen von Gefängnis-

und Haft die Gesamtstrafe in Haft zu bilden war, wenn nach erfolgter Umrechnung die verwirkte Haftstrafe von längerer Dauer war. Nur Dohna billigte diese Ausnahme und wollte sie sogar auf Zuchthaus erweitert wissen (Reform 1910 S. 241). Es ist hierauf bereits hingewiesen (S. 138 Anm. 1) und weiter ausgeführt worden, daß, während der GE und die Entwürfe von 13 und 19 eine ähnliche Bestimmung nicht aufnahmen, E 25 und E 27 jedoch wiederum anordnen, daß auf Einschließung erkannt werden kann, wenn die Voraussetzungen hierfür auch nur bei einer der mehreren Taten vorliegen (vgl. S. 143/4). Diese Bestimmungen haben allgemeinen und heftigsten Widerspruch erfahren.[27]) Die vom VE und von Dohna vorgeschlagene Regelung war allerdings unannehmbar. Es geht selbstverständlich nicht an, daß jemand, der durch sehr erhebliche und ehrenrührige Delikte Gefängnis verwirkt hat, von dieser Strafart verschont bleibt, weil er daneben eine um Weniges längere Einschließungsstrafe verwirkt hat, und in verstärktem Maße gilt das natürlich beim Zusammentreffen von Einschließung und Zuchthaus. Aber andrerseits ist zu bedenken, daß das ausnahmslose Gebot, Strafen leichterer Art in die der strengeren Art zu verwandeln, zu höchst unbilligen Härten führen kann. Man nehme an, daß jemand durch mehrere schwere politische Verbrechen lange Einschließungsstrafen verwirkt, andrerseits ein verhältnismäßig geringfügiges Delikt begangen hat, bei welchem die Voraussetzungen für Einschließung nicht vorliegen und eine mehrwöchige Gefängnisstrafe angemessen erscheint. Soll diese im Verhältnis zu den langen Einschließungsstrafen ganz unerhebliche Gefängnisstrafe den Verurteilten für die ganze jahrelange Strafzeit ins Gefängnis bringen? Wenn man die Bestimmung des geltenden Rechts, daß auf Festungshaft gesondert zu erkennen ist, nicht aufrecht erhalten will, dann muß man dem Richter die Möglichkeit geben, von der Regel, daß die Strafe leichterer Art in die der schwereren Art zu verwandeln ist, da abzugehen, wo sie zu offensichtlicher Ungerechtigkeit führt, nämlich da, wo eine verwirkte Gefängnisstrafe neben den verwirkten Einschließungsstrafen nicht ins Gewicht fällt. Dagegen erscheint eine Ausnahme da, wo neben Einschließung Zuchthaus verwirkt ist, nicht angebracht, da eine Zuchthausstrafe, auf die ja auch nach den Entwürfen mindestens in Höhe eines Jahres zu erkennen ist, niemals so unerheblich sein kann, daß eine Ausnahme ge-

27) So insbes. von Löbe a. a. O. S. 123, Kohlrausch Ref. 1926 S. 9, Gerland Der Entwurf 1925 S. 85, Honig, Ger. S. 92, S. 121, sogar Wegner Ref. 1926 S. 184.

rechtfertigt wäre. Nach dem geltenden Recht sowie nach den Entwürfen von 1909, 1911, 1913 und 1919 sind für zeitige Freiheitsstrafen absolute Grenzen gesetzt, die jedoch durch die in ihrer Höhe ebenfalls absolut begrenzten Freiheitsstrafen, die an Stelle uneinbringlicher Geldstrafen treten, überschritten werden können. Diese Möglichkeit ist nicht zu billigen, vielmehr mit Gerland [28]) anzunehmen, daß, wenn man sich einmal auf den Standpunkt stellt, daß die zeitige Freiheitsstrafe an eine Grenze gebunden ist und eine Überspannung ihrer selbst nicht verträgt, dieser Gesichtspunkt schlechthin gelten muß, ohne Rücksicht darauf, ob er primären oder sekundären Freiheitsstrafen gegenüber zur Anwendung gelangt.

Der Beifall, den die beiden letzten Entwürfe gefunden haben, beruht auf der Einfachheit ihrer Bestimmungen über die Konkurrenz. Es ist zu zeigen versucht worden, daß ihre Regelung bezüglich eines Teiles der Realkonkurrenz keinesfalls der Gerechtigkeit entspricht und daß sie überdies zu vielen Schwierigkeiten und Unzuträglichkeiten führt; andrerseits hat sich ergeben, daß das Prinzip der Gesamtstrafe der eintätigen Verbrechensmehrheit angemessen ist, weil sie in der Tat eine regelrechte Verbrechensmehrheit ist und Gründe der Strafzumessung gegen eine Behandlung nach den jetzt nur für Realkonkurrenz geltenden Grundsätzen nicht entgegenstehen. Beachtet man überdies, welche Vorschläge zur Vereinfachung des Prinzips der Gesamtstrafe gemacht worden sind, so ergibt sich folgende Regelung, die nicht nur die Forderung nach gerechter Bestrafung der Verbrechensmehrheit erfüllt, sondern auch den Vorzug der Einfachheit besitzt:

X. Abschnitt.

Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen.

§ a.

Gegen denjenigen, der durch mehrere strafbare Handlungen mehrere zeitige Freiheitsstrafen verwirkt hat, ist auf eine Gesamtstrafe zu erkennen, die in einer Erhöhung der verwirkten schwersten Strafe besteht. Dasselbe gilt von Geldstrafen und solchen Freiheitsstrafen, die an die Stelle uneinbringlicher Geldstrafen treten.

Bei dem Zusammentreffen ungleichartiger Freiheitsstrafen tritt diese Erhöhung bei der ihrer Art nach schwersten Strafe ein. Trifft Einschließung mit Gefängnis zusammen, so

28) Kritische Bemerkungen zum Allgemeinen Teil d. Entwurfs von 1919 S. 43. Bedenken in dieser Richtung äußert auch Dohna, Reform 1910 S. 420.

kann gleichwohl die Erhöhung bei der Einschließungsstrafe eintreten, wenn neben dieser die verwirkte Gefängnisstrafe nicht ins Gewicht fällt.

Das Maß der Gesamtstrafe darf den Betrag der verwirkten Einzelstrafen nicht erreichen und die Dauer von fünfzehn Jahren nicht übersteigen.

§ b.

Die Verurteilung zu einer Geldstrafe schließt die Verhängung von Nebenstrafen und Nebenfolgen sowie die Anordnung von Maßregeln der Besserung und Sicherung nicht aus, wenn sie nur bei einer der verwirkten Einzelstrafen zulässig oder geboten ist.

§ c.

Die Vorschriften der §§ a, b finden auch dann Anwendung, wenn, bevor eine erkannte Strafe verbüßt, verjährt oder erlassen ist, die Verurteilung wegen einer strafbaren Handlung erfolgt, welche vor der Verkündung des früheren Urteils begangen war.

Die vorgeschlagene Regelung behandelt nicht nur, wie, wenn auch in andrer Weise, die Entwürfe, Ideal- und Realkonkurrenz gleich, sie vermeidet auch in ihrer Fassung die sich noch in den Entwürfen findende begriffliche Unterscheidung beider Konkurrenzarten. Dabei geht der Verfasser, wie die Ausführungen in § 8 klargestellt haben werden, nicht von der Annahme Honigs aus, daß auch prozessuale Rücksichten diese Unterscheidung nicht verlangten (Studien S. 58), denn, wie ausgeführt wurde, wird mindestens im Bereich der Rechtskraft jeder verständige Gesetzgeber der tatsächlichen Verschiedenheit beider Konkurrenzarten Rechnung tragen. Aber im materiellen Strafrecht ist ihre Gleichbehandlung in allen Punkten richtig, ihre Unterscheidung mithin im Strafgesetzbuch durchaus entbehrlich. Nichtsdestoweniger bleibt freilich eben mit Rücksicht auf das Prozeßrecht auch bei der vorgeschlagenen Regelung für den Richter die Notwendigkeit bestehen, wenigstens in den Gründen des Urteils festzustellen, ob die mehreren abgeurteilten strafbaren Handlungen mehrere selbständige Straftaten bilden oder aber in einer Tat vereinigt sind. In dieser Beziehung kann und darf keine wie auch immer gestaltete Gesetzgebung die Arbeit der Praxis erleichtern.

Schließlich sei in sachlicher Beziehung zur Unterstüzung des Vorschlags, das Prinzip der Gesamtstrafe auf die Idealkonkurrenz zu erstrecken, noch darauf hingewiesen, daß sich schon im geltenden Recht Ausnahmen von dem Prinzip des § 73 für das eintätige Zusammentreffen finden. Eine solche

Ausnahme enthält einmal das Strafgesetzbuch selbst. § 276 stellt unter Strafe den, der wissentlich schon einmal verwendetes Stempelpapier oder schon einmal benutzte Postwertzeichen noch einmal verwendet, schreibt aber daneben die Verhängung einer Strafe wegen Hinterziehung der Stempelsteuer bzw. der Postgebühren nach den einschlägigen Gesetzen vor. Nach § 383 der Reichsabgabenordnung ist zwar die Strafe nur dem Steuergesetz zu entnehmen, wenn dieses das schwerste ist, andernfalls jedoch ist, sofern es sich um eine Geldstrafe handelt, auf Grund des Steuerstrafgesetzes in reiner Kumulation eine weitere Strafe zu verhängen. Vor allem aber ist hier das Vereinszollgesetz zu nennen, das in § 158 vorschreibt: „Treffen mit einer Konterbande oder Defraudation andere strafbare Handlungen zusammen, so kommt die für erstere bestimmte Strafe zugleich mit der für letztere vorgeschriebenen zur Anwendung."

Es ist zu zeigen versucht worden, zu welchen Unzuträglichkeiten die von den beiden letzten Entwürfen vorgeschlagene Regelung führt und daß hinreichende sachliche Gründe für sie nicht geltend gemacht werden können. Leider jedoch steht denen, die ihnen zustimmen, ein Argument zur Seite, das kein deutscher Jurist beiseite lassen darf, nämlich die Rücksicht auf die deutsch-österreichische Rechtsangleichung. Denn nicht zuletzt ist es der Einfluß der österreichischen Rechtswissenchaft, der die Verfasser der Entwürfe von 1925 und 1927 zu ihren Vorschlägen geführt hat. Das österreichische Strafgesetzbuch schreibt in seinem § 34 vor, daß wegen mehrerer Verbrechen, die Gegenstand der nämlichen Untersuchung und Aburteilung sind, nach jenem zu strafen ist, auf das die schärfere Strafe gesetzt ist, „jedoch mit Bedacht auf die übrigen." Der Entwurf von 1921, wie auch frühere Entwürfe von 1909 und 1912, übernahm vom deutschen Recht die gesetzliche Unterscheidung von Ideal- und Realkonkurrenz, verlangte jedoch für beide Konkurrenzarten die gleiche und streng einheitliche Bestrafung, welche die beiden letzten deutschen Entwürfe vorschlagen. Mag jedoch auch das Bestreben nach Ausgleichung des deutschen und österreichischen Rechts die weitestgehende Berücksichtigung erheischen, so wird dennoch der deutsche Gesetzgeber, wie in anderen Punkten der Reform, so auch in der Frage der Konkurrenz ernstlich zu prüfen haben, ob nicht doch die in der deutschen Rechtswissenschaft vorgebrachten, hier wiedergegebenen Gründe ihn zu einer andern, wenn auch den österreichischen Vorschlägen widersprechenden Regelung führen müssen.

Lebenslauf.

Am 18. Januar 1904 wurde ich, Paul Fritz Hermann Jeschke als Sohn des Monteurs Hermann Jeschke und seiner Ehefrau Emma, geb. Neumann, zu Lübben geboren. Nach zweijährigem Besuch der Volksschule in Berlin erhielt ich meine weitere Schulausbildung auf dem Prinz-Heinrichs-Gymnasium in Berlin-Schöneberg und, von Ostern 1919 ab, auf dem Gymnasium am Burgplatz in Essen, an dem ich am 23. Februar 1923 die Reifeprüfung ablegte. Ich studierte darauf acht Semester Rechtswissenschaft auf den Universitäten Tübingen, Berlin und Münster und bestand am 21. und 23. November 1927 beim Oberlandesgericht Hamm mit dem Prädikat „Voll befriedigend" die erste juristische Staatsprüfung. Am 5. Dezember 1927 trat ich als Referendar zur Ausbildung in den preußischen Justizdienst. Zur Zeit bin ich bei dem Rechtsanwalt und Notar Kaminski in Essen tätig.